

UAH

EL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO EN EL ÁMBITO BANCARIO

Presentado por:

D^a NOELIA CANTERO BARRIGA

Dirigido por:

Dr. JOSÉ IGNACIO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

Alcalá de Henares, a 08 de enero de 2020

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	1
RESUMEN.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I: DE LAS FORMAS ALTERNATIVAS A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	4
1. AUTOTUTELA.....	5
2. AUTOCOMPOSICIÓN.....	7
3. HETEROCOMPOSICIÓN.....	8
CAPÍTULO II: DEL DERECHO DE ARBITRAJE.....	9
1. NORMATIVA APLICABLE.....	10
1.1. Antecedentes legislativos.....	10
1.2. La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje.....	12
2. NATURALEZA JURÍDICA.....	13
3. CLASES DE ARBITRAJE.....	15
3.1. Arbitraje <i>ad hoc</i> y arbitraje institucional.....	15
3.2. Arbitraje de derecho y arbitraje en equidad.....	16
3.3. Arbitraje forzoso y arbitraje voluntario.....	16
3.4. Arbitraje interno y arbitraje internacional.....	16
4. ÁMBITO MATERIAL.....	17
5. EL CONVENIO ARBITRAL.....	18
CAPÍTULO III: DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.....	19
1. NORMATIVA ESPECÍFICA.....	19
1.1. Real Decreto Legislativo, 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.....	19
1.2. Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.....	22
2. PRINCIPIOS RECTORES.....	22
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	25
4. ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO.....	27
5. ESPECIALIDADES DEL CONVENIO ARBITRAL.....	30
6. PROCEDIMIENTO DEL ARBITRAJE DE CONSUMO.....	35
6.1. Procedimiento ordinario.....	35
6.2. Procedimiento del arbitraje de consumo electrónico.....	37

6.3. Procedimiento de arbitraje de consumo colectivo	38
CAPÍTULO IV: DEL ARBITRAJE DE CONSUMO EN EL SECTOR BANCARIO	39
1. EL ARBITRAJE ENTRE DISTINTAS ENTIDADES BANCARIAS	39
2. EL ARBITRAJE ENTRE ENTIDADES FINANCIERAS Y EMPRESAS	41
3. EL ARBITRAJE ENTRE ENTIDADES BANCARIAS Y CONSUMIDORES	41
4. ESTUDIO DE CASO: LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES	43
4.1. Marco legislativo: Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero	43
4.2. Características del producto	45
4.3. La problemática del caso	47
4.4. El arbitraje en el contrato de adquisición de participaciones preferentes	52
CONCLUSIONES	55
BIBLIOGRAFÍA	57

ABREVIATURAS

- **CNUDMI:** Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
- **LA:** Ley de Arbitraje
- **CE:** Constitución Española de 1978
- **TRLGDCU:** Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- **CC:** Código Civil
- **STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional
- **STS:** Sentencia del Tribunal Supremo
- **CNMV:** Comisión Nacional del Mercado de Valores
- **MiFID:** Markets in Financial Instruments Directive
- **FROB:** Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria

RESUMEN

La finalidad del presente trabajo de investigación consiste en desarrollar las bases y fundamentos del derecho de arbitraje como medio alternativo a la vía judicial para la resolución de conflictos. En este sentido, se dispone a establecer las características principales del arbitraje, así como su normativa y procedimiento, con el fin de elaborar un marco general que englobe la organización de este sistema. A continuación, se exponen las cuestiones especiales que reviste el arbitraje en materia de consumo y la conformación de un sistema específico que ha dado lugar, entre otras ramas, al arbitraje dentro del sector bancario. En último lugar, se despliega un análisis de esta vía procesal para atender un caso de gran relevancia en los últimos tiempos: las participaciones preferentes.

Palabras clave: arbitraje, consumo, ámbito bancario, participaciones preferentes.

ABSTRACT

The purpose of this research work is to develop the basics and fundamentals of the arbitration law as an alternative way instead of courts to resolve conflicts. In this sense, it is going to set the main features of arbitration, as well as its regulation and procedure, in order to make a general framework that shows the structure of this system. Hereunder, it exposes the special issues own of consumer arbitration and the process to create an specific system which has caused, among others, the arbitration in the banking sector. Eventually, it achieves an analysis about this proceeding to focus on one significant case lately: the preference shares.

Keywords: arbitration, consumer, banking sector, preference shares.

INTRODUCCIÓN

En nuestra tradición jurídica, el nacimiento de un conflicto entre dos o más partes suponía iniciar un costoso procedimiento por la vía judicial con el fin de obtener un pronunciamiento a favor del *petitum* del demandante. Este hecho causó un importante aumento del número de causas que debía resolver el Juzgado, ampliando como consecuencia la duración de un proceso, ya dilatado de por sí.

Con el fin de equilibrar esta situación, nuestro legislador ha contemplado otras formas alternativas a la resolución de litigios, con sus propias peculiaridades y diferencias, tales como la conciliación, la mediación o el arbitraje. Este último, destacable por su rapidez y gratuidad, es el que se desarrolla en esta investigación, por ser el objeto de su propuesta.

En consecuencia, se despliega de la vigente Ley de Arbitraje los caracteres de esta vía alternativa, así como las distintas fases que componen el procedimiento de arbitraje, con el fin de exponer las ventajas de su elección. Además, atendiendo a la preocupación de esta investigación por el ámbito bancario, se exponen los detalles concretos del Sistema Arbitral de Consumo, por incardinarse en este el arbitraje bancario y financiero que nos ocupa.

En última instancia, se indica el funcionamiento del derecho de arbitraje en el ámbito bancario, en función del tipo de cliente con el que surja el conflicto, ya sea otra entidad financiera, una empresa o un particular. Y finalmente, se analizan los rasgos de las participaciones preferentes emitidas por Bankia, Caixa Galicia y Caixa Nova, al inicio de la crisis económica, así como la aplicación del derecho de arbitraje al caso.

En consecuencia, el interés de esta investigación se justifica por la preocupante pérdida económica que sufrieron los pequeños inversores de este producto financiero de elevado riesgo, así como la utilidad que supuso para estos la posibilidad de recurrir a un sistema alternativo para hacer valer sus derechos, sin la obligación de someterse a los evidentes inconvenientes del proceso judicial.

Del mismo modo, se pretende profundizar en los diversos cauces jurídicos alegados por los tribunales, y en la línea jurisprudencial asentada por el Tribunal Supremo, con el fin de comprender los fundamentos de derecho establecidos en los laudos arbitrales que dieron luz a las peticiones de los consumidores-inversores.

CAPÍTULO I

DE LAS FORMAS ALTERNATIVAS A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En los últimos tiempos han proliferado diversas formas alternativas a la vía judicial para resolver los litigios suscitados en diversos ámbitos. El auge continuo de estos medios se debe a su carácter novedoso y al atractivo que supone el hecho de poder obtener una solución al conflicto sin necesidad de acudir a un proceso judicial y asumir sus posibles consecuencias negativas¹.

La necesidad de constituir dichas formas reside en el surgimiento de conflictos como consecuencia de las interrelaciones humanas que conforman el pilar básico de la sociedad. Una sociedad que, para garantizar la convivencia pacífica, dio a luz a una serie de normas jurídicas para regular el orden público y abandonar el concepto de la violencia como una solución válida².

Es, por tanto, en este contexto, cuando la resolución de conflictos requiere de la voluntad de las partes como vía para alcanzar un acuerdo común o, en ausencia de esta, de la existencia de un tercero con autoridad para tomar una decisión al respecto³.

Existe, además, una necesidad instintiva en el ser humano, cuando este interactúa dentro de un contexto social, consistente en pacificar la convivencia, tras la cual aparece una segunda necesidad consecuente basada en que “la paz se reestablezca encontrando una solución aceptable⁴”.

De este modo, al producirse el conflicto en el entorno de una relación humana, la manifestación evidente de este es el nacimiento de un litigio que requiere de la aplicación del derecho para su solución. No obstante, como se pone de manifiesto en la realización de

¹VADO GRAJALES, L.: *Medios alternativos de resolución de conflictos: mecanismos para acercar la justicia a la sociedad* [en línea]. Centro de Estudios de Justicia de Las Américas, 31 de octubre de 2003. Visitada por última vez el 17/10/2019.

Disponible en web: <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf>

²SANTOS ILLERA, M.: *Las formas alternativas de resolución de conflictos: un análisis desde el ámbito de las relaciones sociales y de los principios de la administración de Justicia en Colombia* [en línea], Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Castilla La-Mancha, 2018. Visitada por última vez el 17/10/2019.

Disponible en web: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/17860/TESIS%20Illera%20Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

³SANTOS ILLERA, M.: *Las formas alternativas de resolución de conflictos: un análisis desde el ámbito de las relaciones sociales y de los principios de la administración de Justicia en Colombia* [en línea], Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Castilla La-Mancha, 2018. Visitada por última vez el 17/10/2019.

Disponible en web: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/17860/TESIS%20Illera%20Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁴DIEZ PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona, Ariel S.A., 2008, p. 16.

numerosos actos jurídicos en nuestra vida diaria, no es de estricta necesidad la intervención de un grupo social determinado para resolverlo⁵.

En consecuencia, un litigio puede alcanzar una solución de formas muy diversas: “pueden ser realizadas la pretensión o la resistencia, se puede llegar a una transacción o incluso a un proceso en que se determine la prevalencia de un interés sobre el otro. Lo importante es señalar que el proceso no es la única ni irremediable forma de acabar un litigio⁶”.

Estos medios alternativos al proceso judicial han adquirido distinta terminología⁷, como TARC (Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos), MESC (Mecanismos Extrajudiciales de Resolución de Conflictos) o MASC (Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos).

Pero, sin duda, el término más conocido para referirse a ellos es ADR (Alternative Dispute Resolution), que ha sido traducido al español como Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos⁸. Y estos se enmarcan, a su vez, desde la perspectiva teórica, dentro de tres grandes categorías⁹ que a continuación se exponen.

1. AUTOTUTELA

La autotutela, también conocida como autodefensa o autoayuda, se puede definir como el mecanismo unilateral utilizado para resolver un conflicto directo a través de la violencia y la coacción. Así, la autotutela supone que una parte se niega a ceder en su postura para alcanzar

⁵VADO GRAJALES, L.: *Medios alternativos de resolución de conflictos: mecanismos para acercar la justicia a la sociedad* [en línea]. Centro de Estudios de Justicia de Las Américas, 31 de octubre de 2003. Visitada por última vez el 17/10/2019.

Disponible en web: <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf>

⁶VADO GRAJALES, L.: *Medios alternativos de resolución de conflictos: mecanismos para acercar la justicia a la sociedad* [en línea]. Centro de Estudios de Justicia de Las Américas, 31 de octubre de 2003. Visitada por última vez el 17/10/2019.

Disponible en web: <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf>

⁷SANTOS ILLERA, M.: *Las formas alternativas de resolución de conflictos: un análisis desde el ámbito de las relaciones sociales y de los principios de la administración de Justicia en Colombia* [en línea], Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Castilla La-Mancha, 2018. Visitada por última vez el 17/10/2019.

Disponible en web: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/17860/TESIS%20Illera%20Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁸BLANCO CARRASCO, M.: *Medios alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. Madrid, Reus, 2009, p.12.

⁹ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO.: *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. México, UNAM, 1970, p. 59.

un acuerdo y, en consecuencia, decide utilizar la fuerza por temor a que el proceso pueda causar un daño inevitable¹⁰.

Este método supone que la colisión de intereses que se pueda suscitar sea resuelta directamente por las partes en conflicto, alcanzándose, así, una solución parcial donde los propios interesados son juez y parte en la cuestión. Se trata de un medio primitivo “que ha tenido el ser humano para solucionar sus conflictos, guiado muchas veces, por sus instintos de venganza y supervivencia¹¹”.

La autotutela es, por tanto, una forma de resolución de litigios propia de las sociedades primitivas, caracterizada por el uso de la violencia y la coacción para imponer una voluntad sobre otra¹².

Y no es de extrañar que este método proliferara en asociaciones primitivas, ya que, ante la ausencia de una autoridad superior con capacidad de imponer decisiones, la resolución de un litigio solo podía depender del intento de alcanzar un entendimiento común o, si el acuerdo no era posible, de utilizar la fuerza natural de uno contra otro para persuadirse mutuamente de abandonar la pretensión¹³.

De este modo, la organización estatal, débil y desestructurada, promovía la violencia y el egoísmo como un medio individual y obligatorio de hacer justicia, consistente en sacrificar un interés a cambio de salvar otro. Así, se puede observar la autotutela en la legítima defensa, el duelo¹⁴, el estado de necesidad o incluso la huelga¹⁵.

Sin embargo, los riesgos que suponía este medio de resolución de conflictos hicieron que, una vez surgido el Estado y concentrada la justicia en sus manos, la autodefensa fuera

¹⁰DELGADO, J., PALOMO, D. y DELGADO, G.: *Autotutela, solución adecuada del conflicto y reposesión: revisión y propuesta* [en línea]. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte, diciembre de 2017. Visitada por última vez el 16/10/2019.

Disponible en web: <http://www.redalyc.org/pdf/3710/371054486009.pdf>

¹¹LEDESMA, M.: *Conflicto, autotutela y control jurisdiccional* [en línea]. Revista IUS ET VERITAS, julio de 2013. Visitada por última vez el 16/10/2019.

Disponible en web: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11968/12536>

¹²SANTOS ILLERA, M.: *Las formas alternativas de resolución de conflictos: un análisis desde el ámbito de las relaciones sociales y de los principios de la administración de Justicia en Colombia* [en línea], Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Castilla La-Mancha, 2018. Visitada por última vez el 17/10/2019.

Disponible en web: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/17860/TESIS%20Illera%20Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹³CALAMANDREI, P.: *Instituciones de Derecho Procesal Civil Volumen I*. Sentís, S (trad.), Buenos Aires, Librería El Foro, 1996, p. 222.

¹⁴ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO.: *Proceso, autocomposición...*, cit., p. 13.

¹⁵LEDESMA, M.: *Conflicto, autotutela y control jurisdiccional* [en línea]. Revista IUS ET VERITAS, número 46, julio de 2013. Visitada por última vez el 16/10/2019.

Disponible en web: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11968/12536>

expresamente prohibida a través del ordenamiento jurídico, que únicamente admitiría este mecanismo para una serie de casos concretos, indicándolo de forma expresa¹⁶.

2. AUTOCOMPOSICIÓN

La autocomposición es una forma lícita de solucionar conflictos mediante el cual las partes deciden, de forma directa o mediante un tercero, alcanzar una solución de manera amistosa¹⁷.

De este modo, la autocomposición consiste en “la renuncia del derecho propio en beneficio del interés ajeno (...) Es una solución que proviene de la voluntad de una o ambas partes”, mediante la cual estas “renuncian a sus pretensiones o resistencias¹⁸”.

La autocomposición comparte con la autotutela la existencia de un conflicto que es resuelto por las propias partes, sin perjuicio de que este medio sí admita la intervención de un tercero, cuya figura no resuelve el conflicto, sino que se limita meramente a procurar un acercamiento entre ambas¹⁹.

Así lo explica VADO GRAJALES²⁰ al determinar que, tanto la autotutela como la autocomposición, son un medio para resolver un conflicto “sin que un tercero decida el asunto (...) Pero esto no quiere decir que no puedan participar terceros en la autocomposición”.

¹⁶SANTOS ILLERA, M.: *Las formas alternativas de resolución de conflictos: un análisis desde el ámbito de las relaciones sociales y de los principios de la administración de Justicia en Colombia* [en línea], Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Castilla La-Mancha, 2018. Visitada por última vez el 17/10/2019. Disponible en web: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/17860/TESIS%20Illera%20Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁷SANTOS ILLERA, M.: *Las formas alternativas de resolución de conflictos: un análisis desde el ámbito de las relaciones sociales y de los principios de la administración de Justicia en Colombia* [en línea], Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Castilla La-Mancha, 2018. Visitada por última vez el 17/10/2019. Disponible en web: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/17860/TESIS%20Illera%20Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁸VADO GRAJALES, L.: *Medios alternativos de resolución de conflictos: mecanismos para acercar la justicia a la sociedad* [en línea]. Centro de Estudios de Justicia de Las Américas, 31 de octubre de 2003. Visitada por última vez el 17/10/2019.

Disponible en web: <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf>

¹⁹SANTOS ILLERA, M.: *Las formas alternativas de resolución de conflictos: un análisis desde el ámbito de las relaciones sociales y de los principios de la administración de Justicia en Colombia* [en línea], Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Castilla La-Mancha, 2018. Visitada por última vez el 17/10/2019. Disponible en web: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/17860/TESIS%20Illera%20Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

²⁰VADO GRAJALES, L.: *Medios alternativos de resolución de conflictos: mecanismos para acercar la justicia a la sociedad* [en línea]. Centro de Estudios de Justicia de Las Américas, 31 de octubre de 2003. Visitada por última vez el 17/10/2019.

Disponible en web: <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf>

Se trata, por tanto, de la fase consecutiva a la autotutela como medio de resolución de conflictos y se caracteriza por admitir dos modalidades: a) una forma directa²¹ y pacífica de alcanzar una solución, ya sea de forma unilateral, como sería la renuncia, el desistimiento o el allanamiento; o bilateral, como se da en el caso de la transacción²²; b) una forma indirecta basada en la intervención de un tercero que propicie dicho acuerdo, como sería el caso de la negociación, la mediación y la conciliación²³.

3. HETEROCOMPOSICIÓN

La heterocomposición, por su parte, consiste en un medio de resolución de conflictos en el cual la solución viene dada por un tercero que toma la decisión²⁴. En consecuencia, en los modelos heterocompositivos “las partes que enfrentan un conflicto lo ponen en manos de un tercero que es llamado a decidir e imponer la solución del mismo a las partes²⁵”.

En otras palabras, la heterocomposición “es la solución al conflicto a través de la intervención de un tercero imparcial, con poder y autoridad suficiente para imponer su decisión. Dicho tercero puede ser el juez en el proceso judicial o el árbitro en el arbitraje²⁶”.

De este modo, si las partes en conflicto no consiguen alcanzar un acuerdo en un ámbito de mutua comprensión, o no desean negociar, pueden acudir a una autocomposición indirecta basada en la intervención de un tercero que propicie el diálogo y el entendimiento²⁷. No

²¹SANTOS ILLERA, M.: *Las formas alternativas de resolución de conflictos: un análisis desde el ámbito de las relaciones sociales y de los principios de la administración de Justicia en Colombia* [en línea], Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Castilla La-Mancha, 2018. Visitada por última vez el 17/10/2019. Disponible en web: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/17860/TESIS%20Illera%20Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

²²GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*. Madrid, Institutos de Estudios Políticos, 1968, p.12.

²³MONTES DE OCA, A.: Mecanismos alternativos de solución de conflictos [en línea], Lumen: Revista de la Facultad de Derecho. Universidad San Martín de Porres, 2013. Visitada por última vez el 17/10/2019. Disponible en web: http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen_9/11.pdf

²⁴VADO GRAJALES, L.: *Medios alternativos de resolución de conflictos: mecanismos para acercar la justicia a la sociedad* [en línea], Centro de Estudios de Justicia de Las Américas, 31 de octubre de 2003. Visitada por última vez el 17/10/2019.

Disponible en web: <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf>

²⁵SANTOS ILLERA, M.: *Las formas alternativas de resolución de conflictos: un análisis desde el ámbito de las relaciones sociales y de los principios de la administración de Justicia en Colombia* [en línea], Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Castilla La-Mancha, 2018. Visitada por última vez el 17/10/2019. Disponible en web: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/17860/TESIS%20Illera%20Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

²⁶MONTES DE OCA, A.: Mecanismos alternativos de solución de conflictos [en línea], Lumen: Revista de la Facultad de Derecho. Universidad San Martín de Porres, 2013. Visitada por última vez el 17/10/2019. Disponible en web: http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen_9/11.pdf

²⁷SANTOS ILLERA, M.: *Las formas alternativas de resolución de conflictos: un análisis desde el ámbito de las relaciones sociales y de los principios de la administración de Justicia en Colombia* [en línea], Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Castilla La-Mancha, 2018. Visitada por última vez el 17/10/2019.

obstante, si esta tampoco prospera, tienen a su disposición el mecanismo de la heterocomposición como última opción para que el tercero tome una decisión vinculante en base a derecho, como es el caso del arbitraje o la justicia ordinaria²⁸.

CAPÍTULO II

DEL DERECHO DE ARBITRAJE

El arbitraje consiste en una institución jurídica a través de la cual dos o más personas jurídicas o naturales expresan su voluntad de someterse a un procedimiento concreto, para resolver un conflicto presente o futuro, con el fin de que un tercero imponga una solución vinculante para todas las partes²⁹.

Estas características propias del derecho de arbitraje “ponen de manifiesto que el legislador es consciente de la difícil tarea que les toca desempeñar a normas que, aun cuando tienen un marcado carácter de derecho público -en este caso procesal-, sólo se aplican cuando la voluntad de las partes decide someterse a ellas³⁰”.

En otras palabras, el arbitraje supone que las partes, gracias a la labor realizada por el legislador, optan por una alternativa a la vía ordinaria con el fin de someterse al arbitraje. Así lo estableció el Tribunal Constitucional al considerar que *“el arbitraje (...) es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada³¹”*.

Se trata, pues, de una decisión difícil, ya que, a priori, parece inspirar más confianza el tradicional proceso judicial que el sistema del arbitraje³². No obstante, “el proceso tiene ventajas sobre el arbitraje, así como éste las tiene sobre aquél, muchas de ellas casi insalvables por la propia esencia de ambas instituciones (...) Lo que de verdad importa es que el arbitraje y el

Disponible en web:
<https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/17860/TESIS%20Illera%20Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

²⁸SANTOS ILLERA, M.: *Las formas alternativas de resolución de conflictos: un análisis desde el ámbito de las relaciones sociales y de los principios de la administración de Justicia en Colombia* [en línea], Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Castilla La-Mancha, 2018. Visitada por última vez el 17/10/2019.

Disponible en web:
<https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/17860/TESIS%20Illera%20Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

²⁹DE MARTÍN, A., HIERRO, S.Y GONZÁLEZ, J.: *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 9.

³⁰GUILARTE, V. ET AL.: *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid, Lex Nova, 2004, p.9.

³¹STC de 23 de noviembre de 1995.

³²GUILARTE, V. ET AL.: *Comentarios prácticos...*, cit., p. 9.

proceso estén lo suficientemente perfeccionados para que (...) la elección obedezca a la mayor idoneidad del medio para resolver el asunto particular del que se trate³³”.

1. NORMATIVA APLICABLE

1.1. Antecedentes legislativos

El arbitraje es un sistema de origen primitivo, previo al proceso judicial, que da sus primeros pasos en el Derecho romano. No obstante, a pesar de su antigüedad, sus características de rapidez y bajo coste lo han convertido en una institución de gran auge en la actualidad³⁴, incluso para poder afirmar que se trata, junto a la conciliación y la mediación, de una alternativa al proceso judicial potenciada y solicitada a nivel internacional³⁵ en pleno siglo XXI.

Este hecho ha causado el nacimiento de una importante actividad legislativa a nivel nacional y supranacional reguladora del derecho de arbitraje. Así, a nivel internacional podemos encontrar el Convenio de New York de 1958, el Convenio de Ginebra de 1961, el Convenio de Washington de 1965 y la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985 en materia de arbitraje comercial internacional³⁶.

Por otra parte, es necesario recordar la Recomendación 12/1986 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, según la cual se dictaba que los gobiernos adoptasen una legislación adecuada para que “en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial”, en pos de eliminar la sobrecarga de trabajo existente en los tribunales³⁷.

Así, pues, cumpliendo con los preceptos de dicha recomendación, el legislador español sustituye la LA de 1953 por la LA de 1988, promulgada el 5 de diciembre de dicho año. Esta ley permitió el acceso a un arbitraje sencillo y menos formal, y permitió la existencia del arbitraje institucional, es decir, “la posibilidad de encargar a cortes privadas la administración del arbitraje³⁸”.

³³HINOJOSA, R. ET AL.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid, Grupo Difusión, 2008, p. 26.

³⁴BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes especiales*. Navarra, Thompson Reuters, 2010, p. 17.

³⁵HINOJOSA, R. ET AL.: *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 23.

³⁶GONZÁLEZ, J. ET AL.: *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*. Madrid, Wolters Kluwer, 2008, p. 25.

³⁷HINOJOSA, R. ET AL.: *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 23.

³⁸*Ibidem*, p. 24.

Por una parte, cabe destacar que la CE de 1978 permitía asentar los pilares de la institución del arbitraje en base al derecho a la libertad y los artículos 33³⁹ y 38⁴⁰. Por otra, la promulgación de esta ley se produce en un momento político donde los tribunales se alzaban, por excelencia, como la vía idónea para garantizar una tutela efectiva, lo cual “impedía, en todo caso, el fomento de la institución arbitral, que, a la postre, se entendía que no ofrecía las garantías que (...) podían cada vez más encontrarse en el ámbito del Poder Judicial⁴¹”.

No obstante, el sistema de arbitraje compuesto por esta ley permitió impulsar los arbitrajes sectoriales, como es el caso del arbitraje de consumo, seguros o transporte, e impulsó así la consolidación de una tímida tendencia a la cultura arbitral⁴² que asentó la posibilidad de optar por otra alternativa al proceso judicial caracterizada por “la celeridad, la confidencialidad, o la especialización de quienes resuelven, en cuanto pueden elegirse a la personas más idóneas para la decisión del caso concreto⁴³”.

Sin embargo, la LA de 1988 pronto expuso sus debilidades, entre ellas, la exclusión por defecto del arbitraje internacional, al regular únicamente el arbitraje interno; la imposibilidad de ejecutar provisionalmente el laudo arbitral; o el silencio relativo a la posibilidad de solicitar medidas cautelares durante el desarrollo del proceso⁴⁴. Y es en este contexto cuando se promulga la Ley 1/2000, de 7 de enero, que incorpora disposiciones sobre materia arbitral, poniendo de manifiesto la falta de operatividad y el desfase latente en la LA⁴⁵.

Finalmente, ante este panorama y en una situación económico-política muy diferente, el legislador español, teniendo en cuenta la nueva realidad económica de nuestro país y la existencia de un mercado global en continuo flujo comercial, decide promulgar la LA 60/2003, de 23 de diciembre, actualmente vigente, que se desarrollará a continuación en esta investigación⁴⁶.

³⁹Artículo 33 CE: *1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.*

⁴⁰Artículo 38 CE: *Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*

⁴¹BARONA, S. ET AL.: *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*. Navarra, Aranzadi, 2007, p. 34

⁴²*Ibidem*, pp. 34-36.

⁴³HINOJOSA, R. ET AL.: *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 24.

⁴⁴*Ibidem*, p. 24.

⁴⁵BARONA, S. ET AL.: *Arbitraje y justicia...*, cit., p. 36.

⁴⁶*Ibidem*, pp. 36-38.

1.2. La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje

La LA de 2003 ve la luz a causa de la necesidad de dotar a la institución arbitral de una estructura coherente con la realidad económica actual, tomando como referencia directa la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985, previamente mencionada. De este modo, el legislador opta por adaptar el sistema de la Ley Modelo en los arbitrajes nacionales e internacionales⁴⁷, desarrollando así “una regulación unificada y armonizada” que “debe traer como resultado el incremento de las relaciones comerciales internacionales⁴⁸”.

En cuanto a la pretensión de la nueva ley, esta queda evidentemente referenciada en su Exposición de Motivos al indicar que la intención consiste en *“ser una ley general, aplicable, por tanto, íntegramente a todos los arbitrajes que no tengan una regulación especial; pero también supletoriamente a los arbitrajes que la tengan, salvo que sus especialidades se opongan a los previsto en esta ley, o salvo que alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad⁴⁹”*.

En otras palabras, los preceptos de la ley se declaran lo suficientemente amplios como para abarcar un extenso campo de materias, siendo así una ley de mínimos cuyo contenido se da por reproducido en la legislación especial a partir una ley de ordinaria “que hace un reconocimiento incidental del sistema arbitral, dejando el desarrollo pormenorizado del procedimiento arbitral a un reglamento⁵⁰”.

Del mismo modo, BONACHERA⁵¹ destaca que la Disposición Final Segunda de la LA establece la competencia exclusiva del Estado en materia de arbitraje, de acuerdo a los artículos 149.1. 6^a⁵² y 8^a⁵³ de la CE, sin perjuicio de la posible incisión de la legislación autonómica en la administración del procedimiento arbitral.

⁴⁷*Ibídem*, pp. 38-39.

⁴⁸HINOJOSA, R. ET AL.: *Comentarios a la Ley...*, cit., pp. 24-25.

⁴⁹Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje

⁵⁰BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes...*, cit., pp. 31-32.

⁵¹*Ibídem*, pp. 32-35.

⁵²Artículo 149. 1. 6^a CE: *El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.*

⁵³Artículo 149. 1. 8^a CE: *El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.*

Y así, en fin, la nueva ley arbitral trae a nuestra regulación una serie de medidas contribuyentes a flexibilizar el propio proceso, tales como la ejecución del laudo, el convenio tácito, la eliminación de la figura del notario para protocolizar el laudo o la reducción de la intervención judicial, con el fin de armonizar y dotar de eficacia a la institución en sí misma⁵⁴.

2. NATURALEZA JURÍDICA

La naturaleza jurídica del arbitraje ha sido una cuestión ampliamente debatida por los juristas, cuya conclusión depende de la perspectiva desde la que nos situemos. De este modo, podemos destacar las siguientes teorías⁵⁵:

- Teoría contractualista

Desde esta teoría, la causa del arbitraje es el contrato celebrado entre las partes con el fin de acordar que este sistema resuelva los conflictos surgidos. Así, el rasgo esencial del arbitraje sería la voluntad de las partes como fuente de derechos y obligaciones, manifestada en un contrato de mandato, “en donde los árbitros derivan sus funciones del propio contrato⁵⁶”.

En consecuencia, las características principales del arbitraje serían: su naturaleza privada, la existencia de un vínculo contractual entre las partes y el árbitro, la ausencia de poder de coacción en la figura del árbitro, la obligatoriedad contractual del laudo arbitral y la ausencia de un carácter público, a pesar de la aprobación del laudo⁵⁷.

- Teoría jurisdiccional

Por otra parte, la teoría jurisdiccional considera que el arbitraje es un sistema aprobado y regulado por la propia ley, encargada de normativizar su existencia. Se enmarca, por tanto, dentro del derecho procesal, de forma que los árbitros tienen atribuidas funciones jurisdiccionales⁵⁸ y el arbitraje “queda sujeto a todos los procedimientos y recursos establecidos en materia judicial⁵⁹”.

Así pues, se establece “el carácter público de la función arbitral, apoyándose en que es la ley la que le da existencia jurídica en tanto mecanismo de solución de controversias y que,

⁵⁴HINOJOSA, R. ET AL.: *Comentarios a la Ley...*, cit., pp. 24-27.

⁵⁵MANOTAS, P.: *Algunas consideraciones sobre la cláusula arbitral desde la legislación colombiana y mexicana* [en línea], Universidad Iberoamericana, 2007. Visitada por última vez el 29/10/2019. Disponible en web: <http://www.bib.uia.mx/tesis/pdf/014847/014847.pdf>

⁵⁶CRUZ, R. ET AL.: *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*. México, Porrúa, 2004, p. 31.

⁵⁷ALBERTI, M.: *Ulises: El arbitraje comercial*. Lima, Cultural Cuzco, 1988, p. 34.

⁵⁸*Ibidem*, p. 32.

⁵⁹MONROY, G.: *Tratado de Derecho Internacional*. Santafé de Bogotá, Temis, 1995, p. 361.

por tanto, los árbitros son funcionarios públicos que imparten justicia y sentencian a nombre del Estado en un proceso que forma parte de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional de ese Estado⁶⁰.

Los rasgos del arbitraje, según este concepto, serían: la existencia de una potestad jurisdiccional delegada en los árbitros, la consideración de que el arbitraje es una ampliación de las funciones estatales, el traslado de la soberanía a los árbitros por las partes, la concepción del laudo arbitral como sentencia y la similitud en cuanto a responsabilidad entre árbitros y jueces⁶¹.

- Teoría mixta

A través de esta tesis se considera que el arbitraje presenta una dualidad privada y pública en su naturaleza, de modo que, en un principio, parte de la autonomía de las partes para, finalmente, gozar de carácter público y sumisión al poder jurisdiccional del Estado. En consecuencia, la naturaleza jurídica del arbitraje presentaría rasgos contractuales y procesales, existiendo “un contrato privado, pero también (...) un derecho que determina su validez⁶²”.

En consecuencia, “el nacimiento del arbitraje solo tiene lugar en la medida en que los particulares, por un acto voluntario amparado por la ley, deciden someter sus conflictos, presentes o futuros, al arbitraje”, pero también “atestigua que, una vez nacido el arbitraje, este se desarrolla en un proceso que requiere que los actos de los árbitros sean considerados (...) actos de carácter jurisdiccional, de forma tal que lo resuelto por los árbitros tenga la fuerza definitiva de las resoluciones judiciales⁶³”.

- Teoría autónoma

En último lugar, la teoría autónoma se presenta como una perspectiva moderna de este mecanismo alternativo, que por tener lugar en un régimen emancipado se reputa eminentemente autónomo. Atendiendo, por tanto, a la finalidad y la forma de este sistema, se “reconoce que el

⁶⁰CASTILLO, M. Y VÁSQUEZ, R.: *Arbitraje: naturaleza y definición* [en línea], Derecho PUCP (59), 2006. Visitada por última vez el 29/10/2019.

Disponible en web: <file:///C:/Users/HP%20820%20G1/Downloads/Dialnet-Arbitraje-5085113.pdf>

⁶¹ALBERTI, M.: *Ulises: El arbitraje comercial...*, cit., p. 32.

⁶²MANOTAS, P.: *Algunas consideraciones sobre la cláusula arbitral desde la legislación colombiana y mexicana* [en línea], Universidad Iberoamericana, 2007. Visitada por última vez el 29/10/2019.

Disponible en web: <http://www.bib.uia.mx/tesis/pdf/014847/014847.pdf>

⁶³CASTILLO, M. Y VÁSQUEZ, R.: *Arbitraje: naturaleza y definición* [en línea], Derecho PUCP (59), 2006. Visitada por última vez el 29/10/2019.

Disponible en web: <file:///C:/Users/HP%20820%20G1/Downloads/Dialnet-Arbitraje-5085113.pdf>

derecho arbitral se ha desarrollado para ayudar y facilitar la consecución armónica del arbitraje⁶⁴”.

De este modo, “el carácter autónomo y procesal del Derecho de arbitraje deriva del planteamiento garantista que es posible atribuir al proceso arbitral mediante el procedimiento que adopte para la sustanciación de las actuaciones arbitrales; pues sólo en la medida en que aquél ofrece un sistema de garantías procesales es posible que se resuelva autónomamente la controversia sometida a su conocimiento⁶⁵”.

3. CLASES DE ARBITRAJE

3.1. Arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional

Se conoce como arbitraje *ad hoc* a la tipología de arbitraje organizada según el caso, de modo que los árbitros son elegidos por las partes en función de sus rasgos personales⁶⁶. De este modo, las partes obtienen un protagonismo mayor, ya que son estas quienes determinan el derecho aplicable y el procedimiento a seguir, diferenciándose entre arbitraje *ad hoc* en sentido estricto, cuando dichas partes indican las pautas del procedimiento, y arbitraje *ad hoc* en sentido amplio, si estas se remiten a una normativa ya determinada anteriormente⁶⁷.

Por otra parte, en el arbitraje institucional es la propia institución, a través de las personas físicas que la componen, quien lleva a cabo el arbitraje, asumiendo esta la responsabilidad del proceso⁶⁸. Así, las partes se someten a una institución especializada con una normativa y estructura propia, que se crean para garantizar el buen funcionamiento del arbitraje⁶⁹.

⁶⁴GONZÁLEZ, F.: *Arbitraje*. México, Porrúa, 2004, pp. 16-17.

⁶⁵LORCA, A.M.: *Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*. San Sebastián, IVADP, 2004, p. 2.

⁶⁶MANOTAS, P.: *Algunas consideraciones sobre la cláusula arbitral desde la legislación colombiana y mexicana* [en línea], Universidad Iberoamericana, 2007. Visitada por última vez el 29/10/2019. Disponible en web: <http://www.bib.uia.mx/tesis/pdf/014847/014847.pdf>

⁶⁷DERAINS, Y.: *El contrato de arbitraje. Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas*. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Legis, 2008, p. 193.

⁶⁸MANOTAS, P.: *Algunas consideraciones sobre la cláusula arbitral desde la legislación colombiana y mexicana* [en línea], Universidad Iberoamericana, 2007. Visitada por última vez el 29/10/2019. Disponible en web: <http://www.bib.uia.mx/tesis/pdf/014847/014847.pdf>

⁶⁹SACEDO, A.: *La autonomía de las partes en el arbitraje ad hoc frente al orden público procesal* [en línea], Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2012. Visitada por última vez el 29/10/2019. Disponible en web: https://www.utadeo.edu.co/sites/tadeo/files/node/publication/field_attached_file/pdf/la_autonomia_de_las_partes-pag.-web-10-15_0.pdf

3.2. Arbitraje de derecho y arbitraje en equidad

La primera tipología hace alusión al arbitraje que finaliza con un laudo arbitral sometido a las normas internas de carácter sustantivo y procesal, motivado en base a derecho⁷⁰. De este modo, se procede a una sustitución “del juez estatal por el juez arbitral, en el que este actúa como lo haría un juez dentro de un proceso⁷¹”.

En la segunda, el árbitro no está sometido a reglas de derecho, sino que toma la decisión para resolver la controversia en función de la buena fe, la prudencia y su conocimiento sobre el tema, dando lugar a un laudo en el que no se impone el deber de motivación⁷².

3.3. Arbitraje forzoso y arbitraje voluntario

El arbitraje forzoso es aquel en el que una disposición concreta determina que, en ese ámbito material, el cauce procesal adecuado es el arbitraje. Así, “es la ley la que impone a las partes la solución arbitral como única alternativa posible para definir determinados conflictos, de modo que las partes no pueden sino acogerse a este mecanismo para resolver sus diferencias⁷³”.

En el arbitraje voluntario, sin embargo, el origen del procedimiento proviene de la autonomía privada y la voluntad de las partes, que deciden reflejar en un convenio arbitral su decisión de someter la solución del conflicto a un procedimiento alternativo a la vía judicial⁷⁴.

3.4. Arbitraje interno y arbitraje internacional

En el primero, nos referimos al arbitraje que se suscita con el fin de resolver conflictos surgidos dentro del marco nacional, de modo que será la ley nacional quien indique la solución

⁷⁰SACEDO, A.: *La autonomía de las partes en el arbitraje ad hoc frente al orden público procesal* [en línea], Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2012. Visitada por última vez el 29/10/2019.

Disponible en web: https://www.utadeo.edu.co/sites/tadeo/files/node/publication/field_attached_file/pdf/la_autonomia_de_las_partes-pag.-web-10-15_0.pdf

⁷¹MANOTAS, P.: *Algunas consideraciones sobre la cláusula arbitral desde la legislación colombiana y mexicana* [en línea], Universidad Iberoamericana, 2007. Visitada por última vez el 29/10/2019.

Disponible en web: <http://www.bib.uia.mx/tesis/pdf/014847/014847.pdf>

⁷²SACEDO, A.: *La autonomía de las partes en el arbitraje ad hoc frente al orden público procesal* [en línea], Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2012. Visitada por última vez el 29/10/2019.

Disponible en web: https://www.utadeo.edu.co/sites/tadeo/files/node/publication/field_attached_file/pdf/la_autonomia_de_las_partes-pag.-web-10-15_0.pdf

⁷³MANOTAS, P.: *Algunas consideraciones sobre la cláusula arbitral desde la legislación colombiana y mexicana* [en línea], Universidad Iberoamericana, 2007. Visitada por última vez el 29/10/2019.

Disponible en web: <http://www.bib.uia.mx/tesis/pdf/014847/014847.pdf>

⁷⁴SACEDO, A.: *La autonomía de las partes en el arbitraje ad hoc frente al orden público procesal* [en línea], Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2012. Visitada por última vez el 29/10/2019.

Disponible en web: https://www.utadeo.edu.co/sites/tadeo/files/node/publication/field_attached_file/pdf/la_autonomia_de_las_partes-pag.-web-10-15_0.pdf

a la controversia. Para que se de este tipo de arbitraje es necesario que las partes estén sometidas a la ley interna y que los bienes objeto del conflicto se hallen en dicho país⁷⁵.

Por su parte, el segundo tipo de arbitraje se aplica cuando los bienes litigiosos se encuentran en un país diferente al de las partes, o cuando estas residen en diferentes Estados o se hallan sometidas a distintas leyes nacionales⁷⁶.

4. ÁMBITO MATERIAL

Actualmente, la regulación sobre las materias que son objeto de arbitraje se remite al artículo segundo de la Ley de Arbitraje, donde el ámbito material queda configurado de la siguiente manera:

“1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.

2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”.

De este modo, el legislador admite la sumisión a arbitraje en todas aquellas materias que pueden ser libremente disponibles por las partes, excluyendo, así, los conflictos relativos al ámbito laboral⁷⁷, “los derechos de la personalidad, al estado civil, al Derecho de Familia” y “a las materias gobernadas por el Derecho Público⁷⁸”. Asimismo, nuestro sistema arbitral impide que los procesos finalizados mediante resolución judicial firme, así como aquellos en los que se establezca la intervención del Ministerio Fiscal por imperativo legal, sean susceptibles de arbitraje⁷⁹.

En este sentido, es necesario distinguir entre el pacto de sumisión a arbitraje y la normativa aplicable, puesto que el convenio arbitral no se puede determinar en ningún caso la

⁷⁵MANOTAS, P.: *Algunas consideraciones sobre la cláusula arbitral desde la legislación colombiana y mexicana* [en línea], Universidad Iberoamericana, 2007. Visitada por última vez el 29/10/2019.

Disponible en web: <http://www.bib.uia.mx/tesis/pdf/014847/014847.pdf>

⁷⁶SACEDO, A.: *La autonomía de las partes en el arbitraje ad hoc frente al orden público procesal* [en línea], Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2012. Visitada por última vez el 29/10/2019.

Disponible en web: https://www.utadeo.edu.co/sites/tadeo/files/node/publication/field_attached_file/pdf/la_autonomia_de_las_partes-pag.-web-10-15_0.pdf

⁷⁷Artículo 1.4 LA: *Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley los arbitrajes laborales.*

⁷⁸HINOJOSA, R. ET AL.: *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 40.

⁷⁹PÁSARO, I.: *El arbitraje en España. Un futuro alentador* [en línea], Pórtico Legal S.L. Visitada por última vez el 02/11/2019.

Disponible en web: https://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=228

disposición aplicable, sino únicamente la vía para resolver el litigio. Así, “los árbitros habrán de aplicar, caso de existir, aquellas normas de derecho necesario que regule la materia⁸⁰”.

No obstante, cabe indicar que la Exposición de Motivos de dicha ley establece que puede “*haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable (...) y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales*”. Esto supone que, si bien, a priori, cabría el arbitraje sobre todas las materias libremente disponibles por las partes, hay algunas sobre las que no cabe el arbitraje “por razones de política jurídica⁸¹”.

De este modo, acudiendo a fuentes legislativas y jurisprudenciales, se puede determinar, en general, que el arbitraje es aplicable como mecanismo alternativo de resolución de litigios para los conflictos sobre arrendamientos urbanos, testamentos, relaciones contractuales y extracontractuales, sociedades, consumo, seguros privados, transporte terrestre y propiedad intelectual⁸².

5. EL CONVENIO ARBITRAL

En la institución arbitral, la voluntad de las partes expresada en un pacto es el elemento esencial para la apertura del procedimiento. Dicho pacto se conoce en nuestra legislación como convenio arbitral, y puede definirse, según la doctrina, como aquel “contrato o convenio por el que dos o más personas deciden someter a arbitraje las controversias surgidas o que puedan surgir en torno a una relación jurídica⁸³”.

Por su parte, el contenido que debe contener dicho convenio viene referenciado en el artículo noveno de la legislación actual, por el que “*deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual*”. En este sentido, el convenio debe expresar un consentimiento “real, incondicionado y no viciado⁸⁴”.

La importancia que adquiere el consentimiento condiciona la tipología del convenio arbitral como contrato. De este modo, podemos afirmar que se trata de un contrato consensual,

⁸⁰HINOJOSA, R. ET AL.: *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 42.

⁸¹GUILARTE, V. ET AL.: *Comentarios prácticos...*, cit., p. 65.

⁸²*Ibidem*, pp. 69-72.

⁸³GONZÁLEZ, J. ET AL.: *Estudios sobre el arbitraje...*, cit., p. 28.

⁸⁴GUILARTE, V. ET AL.: *Comentarios prácticos...*, cit., p. 191.

en el que, atendiendo al artículo 1258 CC⁸⁵, la perfección se produce desde el mismo momento en el que las partes dan su consentimiento⁸⁶.

No obstante, la Ley de Arbitraje determina, en el artículo 9.3, que “*el convenio arbitral deberá constar por escrito en un documento firmado por las partes*”. Si bien, a priori, puede parecer que el convenio arbitral debe constar por escrito para su validez, se trata, únicamente, de un requisito *ad probationem*, ya que “la voluntad común de las partes de someter una controversia a arbitraje podrá ser objeto de prueba por cualquier medio admitido en derecho⁸⁷”.

Se admite, además, que se celebre el convenio como un documento firmado por las partes, un intercambio de cartas u otras vías de telecomunicación, a través de oferta y demanda, mediante remisión a otro documento o en los escritos de demanda y contestación⁸⁸.

Finalmente, el convenio arbitral puede existir como un contrato independiente al contrato del que emana la relación jurídica, o puede tratarse de una cláusula adherida a dicho contrato. En este sentido, cabe precisar que la segunda modalidad es la más típica, independientemente de que se hayan producido nuevas figuras, como los contratos de adhesión, los contratos en cadena, los arbitrajes especiales o las cláusulas por las que la impugnación de acuerdos sociales se somete a arbitraje⁸⁹.

CAPÍTULO III

DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

1. NORMATIVA ESPECÍFICA

1.1. Real Decreto Legislativo, 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

El artículo 51 de la CE⁹⁰ asienta en nuestro país la protección otorgada por el ordenamiento jurídico a los consumidores y usuarios como un principio constitucional que,

⁸⁵Artículo 1258 CC: *Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*

⁸⁶HINOJOSA, R. ET AL.: *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 76.

⁸⁷*Ibidem*, p. 76.

⁸⁸*Ibidem*, pp. 76-79.

⁸⁹GONZÁLEZ, J. ET AL.: *Estudios sobre el arbitraje...*, cit., pp. 29-38.

⁹⁰Artículo 51 CE: *1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley*

además, debe ser garantizado por los poderes públicos. En este sentido, se promulga la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, que recoge en su artículo 1.2 el concepto de consumidores y usuarios, definiéndolos como *“las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”*.

Del mismo modo, cabe destacar que esta ley ya establecía en su artículo 31⁹¹ la posibilidad de acceder al arbitraje ante un conflicto en materia de consumo, conformando un sistema para su composición, siempre que existiera una sumisión expresa y voluntaria entre las partes, sin lesiones de gran trascendencia.

A partir de la promulgación de esta ley, comienza a proliferar una variada composición normativa que recoge la creación de un sistema arbitral de consumo como alternativa a la vía judicial y que, tras su compilación, dará luz al vigente Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, aprobando el TRLGDCU.

Este Real Decreto Legislativo recoge en su artículo 57 la estructura del sistema arbitral de consumo, definiéndolo en su primer apartado como el *“sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito”*.

establezca. 3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

⁹¹Artículo 31 Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios: 1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución. 2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito. 3. Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias. 4. Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de sometimiento al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores. A tal fin, el auto de declaración de concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del sistema arbitral de consumo.

Del mismo modo, su segundo apartado establece la técnica legislativa de remisión al reglamento para la organización de dicho sistema: *“La organización, gestión y administración del Sistema Arbitral de Consumo y el procedimiento de resolución de los conflictos, se establecerá reglamentariamente por el Gobierno. En dicho reglamento podrá preverse la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje de derecho, el procedimiento a través del cual se administrará el arbitraje electrónico, los supuestos en que podrá interponerse una reclamación ante la Junta Arbitral Nacional frente a las resoluciones de las Juntas arbitrales territoriales sobre admisión o inadmisión de las solicitudes de arbitraje y los casos en que actuará un árbitro único en la administración del arbitraje de consumo”*.

Posteriormente, en el tercer apartado, se especifica la composición de los órganos arbitrales, que *“estarán integrados por representantes de los sectores empresariales interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas”*, para, finalmente, señalar, en su cuarto y último apartado, la protección brindada al consumidor para el caso de suscribir un convenio arbitral de forma previa al nacimiento del conflicto:

“No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto. La suscripción de dicho convenio, tendrá para el empresario la consideración de aceptación del arbitraje para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refiera, siempre que el acuerdo de sometimiento reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables”.

En último lugar, cabe destacar la relevancia del artículo 58, relativo a la sumisión al arbitraje, por establecer, en su primer apartado, las características que esta debe cumplir para ser válida en derecho, y en el segundo, su nulidad en caso de que el empresario haya sido declarado en concurso de acreedores:

“1. La sumisión de las partes al Sistema Arbitral del Consumo será voluntaria y deberá constar expresamente, por escrito, por medios electrónicos o en cualquier otra forma admitida legalmente que permita tener constancia del acuerdo.

2. Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de adhesión al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores. A tal fin, el auto de declaración de concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del Sistema Arbitral de Consumo.”

1.2. Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo

Este Real Decreto nace con el fin de regular el sistema arbitral de consumo⁹², focalizando su atención en los aspectos procesales, sustantivos y organizativos de la institución arbitral en esta especialidad. Así, desde el punto de vista sustantivo, se determinan las materias que pueden ser objeto del arbitraje de consumo en el artículo 1.2, siendo estos los “*conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales en relación a los derechos legal o contractualmente reconocidos al consumidor.*”

Por otro lado, se indican los requisitos necesarios⁹³ para que prospere la solicitud de arbitraje en su artículo 34.1, tales como la identificación del solicitante y del reclamado, un lugar a efectos de notificaciones, una descripción de los hechos y las pretensiones, así como la fecha, el lugar y la firma del solicitante.

En cuanto a la perspectiva organizativa, se crean dos órganos nuevos⁹⁴ para garantizar la existencia de un sistema homogéneo y cohesionado entre sí: la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, encargado, entre otros, de resolver los recursos administrativos contra las resoluciones a las solicitudes de arbitraje; y el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo, que configura los principios rectores para el adecuado funcionamiento de la institución.

Y, finalmente, desde el punto de vista procesal⁹⁵, se asientan tres procedimientos diferenciados para el arbitraje de consumo, pudiendo distinguir entre: a) el procedimiento ordinario y tradicional que sustenta una serie de pretensiones individuales; b) el procedimiento que se sigue por medios electrónicos; c) el procedimiento colectivo, que reúne a un conjunto de consumidores en un mismo proceso para orientar sus peticiones, versadas sobre un mismo hecho, contra el mismo empresario.

2. PRINCIPIOS RECTORES

El arbitraje de consumo ha generado un gran impacto en la actualidad, tanto por el elevado número de asuntos existentes como por las posibilidades de acceso a este recurso. Una de las razones que determina la elección de este sistema por los consumidores, atendiendo a la

⁹²BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes...*, cit., pp. 102-103.

⁹³*Ibidem...*, cit., p. 103.

⁹⁴*Ibidem...*, cit., p. 104.

⁹⁵*Ibidem...*, cit., p. 105.

falta de equilibrio entre el empresario y estos, reside en la reducción del tiempo y de los costes del arbitraje, en comparación con el proceso judicial⁹⁶.

Por este motivo, con el fin de no provocar una evidente indefensión causada por la desidia hacia el procedimiento, resulta tan imprescindible habilitar un sistema de arbitraje eficaz y de fácil acceso. De hecho, el adecuado funcionamiento del arbitraje es importante en tanto “de alguna manera, toda sociedad es consumista y usuaria a un tiempo de los bienes y servicios que en la misma se ofertan⁹⁷”.

Por suerte, las ventajas del arbitraje en materia de consumo fueron observadas por el legislador y los agentes jurídicos que, en consecuencia, han potenciado este mecanismo alternativo de resolución de conflictos a través de la configuración de un sistema que sirve de base para la correcta defensa de los consumidores y usuarios⁹⁸.

Dicha potenciación es “lógica, dado el efecto disuasorio que producen en el consumidor los costes y lentitud del proceso judicial, lo que inspiró a la Ley de Arbitraje (..), aunque no se plantea como un remedio contra aquellas disfunciones de la vía judicial, sino como un procedimiento válido y eficaz por sí mismo, lo que supone que el arbitraje es un sistema propio y autónomo de acceso a la Justicia para los consumidores⁹⁹”.

En la Recomendación 98/257/CE, de 30 de marzo de 1988, de la Comisión Europea se establecen los principios que deben regir la actuación de los órganos encargados de resolver los conflictos de consumo a través de una vía extrajudicial. Dichos principios son¹⁰⁰:

a) Independencia: como un factor imprescindible para garantizar la imparcialidad de la institución que toma la decisión.

b) Transparencia: que supone la adopción de medidas de publicidad.

c) Contradicción: referido a la igualdad de defensa de las partes y la posibilidad de adecuar las alegaciones a la fundamentación del contrario.

d) Eficacia: como un principio relativo al bajo coste, la agilidad del proceso, la acción del órgano, la ausencia de representación y “el carácter vinculante y ejecutivo de la decisión adoptada”.

⁹⁶*Ibidem*..., cit., p. 99.

⁹⁷GONZÁLEZ, J. ET AL.: *Estudios sobre el arbitraje*..., cit., p. 444.

⁹⁸BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes*..., cit., p. 99.

⁹⁹GONZÁLEZ, J. ET AL.: *Estudios sobre el arbitraje*..., cit., p. 448.

¹⁰⁰*Ibidem*..., cit., pp. 444-445.

e) Legalidad: que se traduce en la consecución del proceso según lo indica la normativa reguladora y la imposibilidad de “privar al consumidor de la protección que le garanticen las leyes imperativas del Estado”.

f) Libertad: que fundamenta la existencia del arbitraje debido a una sumisión previamente pactada en el marco de la plena autonomía de la voluntad.

g) Representación: que, a pesar de no ser preceptiva, podrá ser libremente contratada por las partes si así se despliega de su voluntad.

Para SILVIA BARONA¹⁰¹, a estas características se suman la universalidad, reflejada en “la amplitud del objeto y la pretendida accesibilidad al sistema (...) que denotaban el carácter inequívoco de servicio público que los legisladores pretendían conferir al sistema arbitral de consumo”, y la participación de aquellos que representan los intereses de los agentes que actúan en el mercado, así como la especialización de los órganos arbitrales de consumo.

Del mismo modo, el sistema arbitral de consumo sigue, en la conformación de su estructura, una serie de principios básicos para garantizar su buen funcionamiento¹⁰²:

a) Institucional: la organización estructural de este sistema se encuadra en el marco de las Administraciones públicas, precisamente para garantizar la accesibilidad por parte de los consumidores. No obstante, “los trámites y audiencias son privados y las partes han de mantener la confidencialidad sobre el mismo, así como los árbitros deberán respetar su deber de secreto procesional”.

b) Gratuito: como característica esencial del procedimiento, lo cual se alza como una verdadera garantía para el consumidor, a excepción de las posibles pruebas que puedan proponerse a instancia de parte.

c) Accesible: gracias a la ausencia de complejas formalidades, sin grandes exigencias administrativas ni intervención preceptiva de abogado y procurador.

d) Funcional: ya que la celeridad procesal es una cualidad intrínseca a este procedimiento, de modo que el sistema “debe funcionar de manera rápida en cuanto a la tramitación de la reclamación desde que esta se formula, hasta que es resuelta mediante laudo”.

e) Voluntario: basado en el fundamento principal del arbitraje, que es la decisión libremente tomada por las partes de someterse a este sistema, iniciado por

¹⁰¹BARONA, S. ET AL.: *Arbitraje y justicia...*, cit., pp. 85-87.

¹⁰²GONZÁLEZ, J. ET AL.: *Estudios sobre el arbitraje...*, cit., pp. 452-474.

la reclamación del consumidor y aceptado por el empresario mediante declaración pública u otra forma específica.

f) Vinculante y ejecutivo: así lo señaló el Tribunal Supremo¹⁰³ al establecer que el laudo arbitral *“produce en el presente procedimiento efectos de cosa juzgada en su función positiva, esto es, su contenido es vinculante para la resolución del presente procedimiento”*. Del mismo modo, indicó que *“los laudos arbitrales firmes sólo son susceptibles de ejecución judicial por los trámites del proceso de ejecución de sentencias”*¹⁰⁴.

g) Equilibrio: pues se proclama la igualdad de ambas partes en un proceso donde se mantiene la misma posición bajo un acuerdo tomado libremente. Así, se puede indicar que *“no hay vencedores ni vencidos, y que son una verdadera prueba de la disminución de hostilidad ya que las posiciones diferentes o encontradas, no se extienden en el tiempo (...), haciéndose irreconciliables”*.

h) Confidencialidad: ya que el proceso completo, desde la audiencia hasta el contenido del laudo arbitral, es completamente privado, salvo autorización por las partes. La privacidad del proceso genera grandes ventajas, ya que evita una posible desviación hacia la opinión pública.

i) Sin límite económico: a diferencia del proceso judicial, que exige una cuantía mínima y elevados costes, en el arbitraje se puede iniciar la reclamación con independencia de la cuantificación económica del objeto, de forma gratuita y con gran celeridad.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

En cuanto al objeto, los dos primeros artículos del Real Decreto 231/2008 determinan que el arbitraje de consumo se aplicará a aquellas reclamaciones que se puedan suscitar como consecuencia de una relación entre dos partes encauzada debido a la *“adquisición, utilización y disfrute de bienes y servicios suministrados por una empresa, profesional y Administración”*, así como a las acciones que recoge la normativa de consumidores¹⁰⁵.

De este modo, el arbitraje de consumo se encarga de aquellas cuestiones enmarcadas en los conocidos como actos de consumo, *“que son los que relacionan a un empresario y a un consumidor y a través de los cuales este último adquiere un bien o un servicio para su consumo*

¹⁰³STS de 23 de junio de 2010.

¹⁰⁴STS de 28 de julio de 1995

¹⁰⁵BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes...*, cit., p. 106.

o uso final, sin integrarlo en un proceso productivo, en tanto que el empresario participa en la relación con todos sus caracteres de profesionalidad¹⁰⁶”.

Por su parte, debe destacarse la ajenidad de otros arbitrajes de consumo con diversas especialidades, como puede ser el arbitraje de seguros o de servicios financieros, a excepción de la remisión que realicen las leyes especiales a la normativa de consumo. Además, como ya se ha expuesto previamente, no todas las acciones de consumo pueden someterse al derecho de arbitraje, ya que quedan excluidas aquellas acciones sobre las que recae el interés general¹⁰⁷.

En cuanto a los límites del arbitraje de consumo, es necesario tener en cuenta que será el propio convenio arbitral quien los determine. Así, el empresario puede “limitar tanto el ámbito material y territorial de su oferta, como el plazo de validez de la misma”, pero también las actividades que “quedan sometidas al arbitraje de consumo de todas las que realiza y el tiempo durante el cual desea mantener su oferta”, cuando presente la solicitud para adherirse a la oferta pública del sistema arbitral de consumo. Así, si el plazo transcurre o la actividad ha sido excluida de la oferta, no se podrá optar por el sistema de arbitraje¹⁰⁸.

En lo que se refiere al sujeto, la normativa sobre arbitraje de consumo exige la presencia de un consumidor o usuario, y de un comerciante o empresario, entendiendo por el primero aquel que inicia una relación con el segundo con el fin de adquirir o utilizar un bien, producto o servicio como un destinatario final. No obstante, cabe indicar que el ámbito subjetivo expuesto puede quedar limitado en el proceso cuando se trata de determinar la legitimación en una especialidad de consumo, para lo cual habría que acudir a los preceptos de dicha normativa específica¹⁰⁹.

Anteriormente, se consideraba la unidireccionalidad como un elemento característico del arbitraje de consumo, en cuanto este únicamente podía iniciarse con la reclamación interpuesta por un consumidor contra un empresario. Así, nunca podría iniciarse un procedimiento de arbitraje a instancias de un empresario, “y es que este sistema se asienta sobre

¹⁰⁶MARÍN, M.J.: *Objeto y límites del arbitraje de consumo* [en línea], Universidad de Castilla-La Mancha, 2005. Visitada por última vez el 08/11/2019.

Disponible en web: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/3/2005/3-2005-1.pdf>

¹⁰⁷BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes...*, cit., pp. 107-114.

¹⁰⁸*Ibidem...*, cit., p. 114.

¹⁰⁹MARÍN, M.J.: *Objeto y límites del arbitraje de consumo* [en línea], Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha, 2005. Visitada por última vez el 08/11/2019.

Disponible en web: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/3/2005/3-2005-1.pdf>

la base de la salvaguarda de los derechos de los consumidores y usuarios; lo que hace impensable que el empresario pueda iniciar el procedimiento arbitral¹¹⁰”.

Sin embargo, el Real Decreto 231/2008 puso fin a esta situación al permitir que el empresario pudiera alegar, en cualquier momento previo al fin de la audiencia, una petición ligada con la expuesta por el consumidor. De este modo, se “diluye el carácter unidireccional del arbitraje de consumo, porque, aunque el proyecto siempre se desencadena a instancia del consumidor, el empresario puede introducir una pretensión conexas con la inicialmente ejercitada por el consumidor¹¹¹”.

4. ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA ARBITRAL DE CONSUMO

En lo que se refiere a la organización del Sistema Arbitral de Consumo, este se estructura en base a dos tipos de instituciones¹¹²:

- a) De carácter administrativo: que son las Juntas Arbitrales de Consumo, la Comisión de estas juntas y el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo.
- b) De carácter resolutivo: encontramos los colegios arbitrales o, simplemente, los árbitros unipersonales.

Respecto a las Juntas Arbitrales de Consumo, se encuentran organizadas en base a una figura central, la Junta Arbitral de Consumo, y otras instituciones territoriales, creadas a raíz de acuerdos entre el Instituto Nacional de Consumo y la Administración General del Estado¹¹³. Se trata de “entidades que sostienen y promueven el procedimiento arbitral de consumo¹¹⁴”, es decir, que son un conjunto de instituciones administrativas encargadas de la gestión del arbitraje en esta materia, así como de su impulso¹¹⁵.

Por su parte, dichas juntas encuentran la regulación de sus funciones en el artículo 6 del Real Decreto 231/2008, tales como el fomento del arbitraje de consumo a través de las ofertas públicas de adhesión, su resolución y gestión, la comunicación de datos sobre las empresas adheridas al registro público, la publicidad de dichas empresas, o la gestión del archivo de arbitraje y los libros-registro, entre otras.

¹¹⁰BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes...*, cit., p. 114-115.

¹¹¹*Ibidem...*, cit., pp. 115-116.

¹¹²*Ibidem...*, cit., p. 128.

¹¹³*Ibidem...*, cit., p. 128.

¹¹⁴BARONA, S. ET AL.: *Arbitraje y justicia...*, cit., pp. 90-91.

¹¹⁵GONZÁLEZ, J. ET AL.: *Estudios sobre el arbitraje...*, cit., p. 447.

La Administración es, por tanto, quien crea dichas juntas, compuestas por funcionarios públicos. Su composición reside, además, en un presidente encargado de admitir las solicitudes, entre otras labores, y un secretario cuyo fin es asegurar el correcto funcionamiento de la institución. Ambos cargos son pronunciados por la Administración Pública de la que dependen, causa por la que esta adquiere un papel fundamental¹¹⁶.

En lo que se refiere a la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, se trata de “un órgano colegiado, adscrito funcionalmente al Instituto Nacional de Consumo a través de la Junta Arbitral Nacional, que tiene como principal función la de establecer criterios homogéneos entre las distintas Juntas arbitrales”. A esta le corresponde el estudio de los recursos interpuestos contra las resoluciones de admisión de las juntas, así como “la emisión de informes técnicos y del informe preceptivo sobre la admisión de ofertas públicas limitadas”. Por su parte, está compuesta por el presidente de la Junta Arbitral Nacional, dos vocales nombrados por el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo, y un secretario procedente del Instituto Nacional de Consumo, además de dos árbitros auxiliares en el ejercicio de sus funciones¹¹⁷.

Por su parte, el Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo es otro órgano colegiado, también dependiente del Instituto Nacional de Consumo, que “constituye un órgano de representación y participación en materia de arbitraje y consumo”. Se compone de “un presidente, un vicepresidente y veinte consejeros, integrado por una amplia representación de la Administración General del Estado, de las Juntas Arbitrales de Consumo y de las organizaciones sociales”. Generalmente, su función principal es indicar una serie de criterios que garanticen la adecuación del Sistema Arbitral de Consumo a su finalidad principal como, por ejemplo, elaborar las “directrices generales sobre los supuestos de admisión de ofertas públicas de adhesión limitada¹¹⁸”.

Respecto a la distribución de la competencia territorial entre las distintas juntas territoriales, se indica que será competente aquella a la que se hayan sometido ambas partes por elección común. Subsidiariamente, en caso de desacuerdo, se delegará la competencia en aquella junta donde tenga su domicilio el consumidor. Por su parte, en caso de que existan distintas juntas como, por ejemplo, una junta municipal y otra provincial, se resolverá la cuestión atribuyendo la competencia a la junta con menor dimensión territorial¹¹⁹.

¹¹⁶BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes...*, cit., p. 128.

¹¹⁷*Ibidem...*, cit., p. 129.

¹¹⁸*Ibidem...*, cit., p. 129.

¹¹⁹*Ibidem...*, cit., pp. 131-132.

Por exponer una especialidad en este sentido, cabe destacar que, de seguirse un procedimiento colectivo, “será competente la Junta Arbitral de Consumo en la que estén domiciliados todos los consumidores y usuarios que formularon las reclamaciones a acumular; y, para el supuesto de que éstos estén domiciliados en más de una Comunidad Autónoma, el conocimiento del asunto se atribuye a la Junta Arbitral Nacional”. Además, si se diera el caso de presentar una solicitud ante una junta incompetente, esta tiene encargada la remisión a la junta que si está revestida de competencia territorial¹²⁰.

Por otro lado, encontramos una importante novedad del Real Decreto 231/2008¹²¹, y es que no se admite únicamente el colegio arbitral, sino que se crea la figura del árbitro único. Esta se puede dar, bien por acuerdo libre entre las partes, o bien cuando la cuantía del objeto es inferior a 300 euros, por lo que se reduce así el gasto de la administración. No obstante, teniendo en cuenta que dicho árbitro no representa los intereses del empresario, se admite la renuncia por las partes a la designación de un único árbitro, ya sea en la solicitud presentada por el consumidor o en la contestación realizada por el empresario¹²².

En cambio, el colegio arbitral está compuesto de tres árbitros, un presidente y dos vocales, designados por el presidente de la Junta Arbitral. En algunos casos, el primero también podrá ser designado por las partes de mutuo acuerdo, sin embargo, los vocales serán elegidos por turno de entre una lista “de árbitros acreditados ante la Junta Arbitral de Consumo”. Además, asistimos a la creación de un secretario arbitral, con labores auxiliares, que podrá ser el secretario de la propia junta, o el que designe el presidente de esta¹²³.

En cuanto a la sustitución, se establece que se “realizará mediante el llamamiento del árbitro suplente, debiendo designarse un nuevo árbitro suplente en la misma forma en que fue designado el sustituido. En cuanto a qué sucede con las actuaciones practicadas (...)

¹²⁰*Ibidem...*, cit., p. 132.

¹²¹MARÍN, M.J.: *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo* [en línea], Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha, 2008. Visitada por última vez el 14/11/2019.

Disponible en web: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2008/19-2008-1.pdf>

¹²²Artículo 19.2 Real Decreto 231/2008: *Las partes podrán oponerse a la designación de un árbitro único, en cuyo caso se procederá a designar un colegio arbitral.*

¹²³MARÍN, M.J.: *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo* [en línea], Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha, 2008. Visitada por última vez el 14/11/2019.

Disponible en web: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2008/19-2008-1.pdf>

corresponde al nuevo árbitro decidir si continúa el procedimiento iniciado, dándose por enterado de las actuaciones practicadas, o si ha lugar a repetir actuaciones ya practicadas¹²⁴.

Respecto a los árbitros, deben ser personas físicas, que cuenten con la acreditación del presidente de la Junta. Posteriormente a la presentación de la solicitud de acreditación, “pasarán a integrar una lista de árbitros, ya sea la lista general o la lista de árbitros especializados que se constituya para aquellos supuestos en que, conforme a los criterios del Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo, deba conocer un órgano arbitral especializado”. Por otro lado, los árbitros son designados por turno, entre todos los que componen la lista, bajo la especialidad de que deben estar licenciados en derecho si las partes determinan un arbitraje de derecho¹²⁵.

Los principios que rigen la actuación de los árbitros se basan en la “independencia, imparcialidad y confidencialidad”, lo cual impide la doble actuación como árbitro y mediador en un asunto determinado. Además, la garantía de independencia se consolida a partir de las acciones de abstención, recusación y sustitución que establece el Real Decreto 231/2008 y, subsidiariamente, la propia LA¹²⁶.

5. ESPECIALIDADES DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral propio del sistema arbitral de consumo presenta una serie de especialidades, respecto al convenio arbitral en general, que deben ser objeto de una clara exposición.

En cuanto a la forma, el convenio arbitral de consumo puede darse como un contrato separado, como una cláusula contractual incorporada al contrato principal, mediante la oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo o mediante la solicitud de arbitraje presentada por el consumidor, con la consecuente aceptación del empresario¹²⁷.

No obstante, independientemente de la forma, cabe destacar que la perfección del convenio arbitral se da con “la solicitud de arbitraje por parte del consumidor ante la

¹²⁴MARÍN, M.J.: *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo* [en línea], Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha, 2008. Visitada por última vez el 14/11/2019.

Disponible en web: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2008/19-2008-1.pdf>

¹²⁵BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes...*, cit., pp. 134-135.

¹²⁶*Ibidem...*, cit., p. 136.

¹²⁷MARÍN, M.J.: *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo* [en línea], Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha, 2008. Visitada por última vez el 14/11/2019.

Disponible en web: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2008/19-2008-1.pdf>

correspondiente Junta Arbitral de Consumo; y ello, debido al carácter unidireccional que rige en este sistema arbitral¹²⁸”.

Así lo ha establecido la Audiencia Provincial de Barcelona al indicar que *“la especialidad de este arbitraje radica en que el mismo se configura como una posibilidad, y no solo como una imposición, que se concede a los consumidores, que son los que cuando surja el conflicto tienen que presentar, si quieren que la cuestión sea resuelta mediante laudo o decisión arbitral, la pertinente solicitud de arbitraje ante la junta arbitral de consumo*¹²⁹”.

En lo que se refiere a las dos primeras formas señaladas, es necesario contemplar que se exige la expresión de la voluntad para someter el conflicto al arbitraje de consumo. Además, se contempla una especialidad al permitir que el convenio arbitral de consumo se refiera a un conflicto presente o futuro, lo que no se permite cuando el convenio arbitral se refiere a consumidores no suscritos al sistema arbitral de consumo¹³⁰.

De hecho, así lo establece el artículo 24.1 del Real Decreto 231/2008, por el cual el convenio *“deberá expresar la voluntad de las partes de resolver a través del Sistema Arbitral de Consumo las controversias que puedan surgir o hayan surgido en una relación jurídica de consumo”*.

Por otra parte, la oferta pública de adhesión se regula en el artículo 25.1.1 del citado Real Decreto, donde se señala que consiste en una *“oferta unilateral de adhesión al sistema arbitral de consumo”*, llevada a cabo por el empresario. De este modo, se trata de una *“declaración unilateral del empresario (...) mediante la cual se compromete a resolver los conflictos futuros que tenga con sus consumidores o usuarios a través del Sistema Arbitral de Consumo*¹³¹”.

Además, se admite que la declaración se realice *“por escrito, por vía electrónica a través de la aplicación electrónica habilitada por el Ministerio de Sanidad y Consumo para el Sistema Arbitral de Consumo, o por cualquier otro soporte (entendemos electrónico) que permita tener constancia de la presentación de la oferta, así como de su autenticidad*¹³²”.

El contenido de la oferta de adhesión deberá expresar: a) la opción elegida respecto al arbitraje de derecho o de equidad; b) el plazo de validez de dicha oferta y si se admite una

¹²⁸BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes...*, cit., p. 121.

¹²⁹SAP de Barcelona de 6 de febrero de 2004.

¹³⁰BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes...*, cit., p. 120.

¹³¹*Ibidem...*, cit., p. 122.

¹³²*Ibidem...*, cit., p. 122.

mediación previa; c) extensión de la oferta; y d) límites de la misma. En caso de no expresarlo, automáticamente se entiende que se ha optado por el arbitraje de equidad, con una oferta de plazo indefinido y una mediación anterior al arbitraje. Respecto a la extensión y los límites, se deduce de la referencia que se hace en el Real Decreto 231/2008 al “ámbito de la oferta” y la posibilidad de que haya limitaciones¹³³.

Por otro lado, cabe aludir a la posibilidad de revocación de esta oferta por el empresario, que trae como consecuencia “la pérdida del derecho del empresario de usar el distintivo oficial de adhesión”, una vez transcurrido un plazo de 30 días naturales desde la comunicación efectuada a la Junta arbitral adherida. En consecuencia, “si el consumidor presenta una solicitud de arbitraje antes de que transcurra dicho plazo, la renuncia no surtirá efecto, debiendo entenderse válidamente formalizado el convenio arbitral¹³⁴”.

En lo que se refiere a la cuestión competencial, el artículo 25.2 del Real Decreto 231/2008 establece que “la oferta pública de adhesión será única y se entenderá realizada a todo el Sistema Arbitral de Consumo”. Así, la oferta se emite a todo el sistema, aunque otra cuestión es la competencia territorial de la Junta arbitral conocedora¹³⁵. De este modo, el proceso comienza con la presentación, por el empresario, de un escrito de adhesión ante la Junta arbitral donde realice su actividad, cuyo presidente admitirá o no. En caso de que existan diversas juntas arbitrales, tendrá la competencia aquella de superior dominio territorial, y si esta se considera incompetente, dará traslado a la que considere revestida de competencia para resolver en diez días¹³⁶.

Finalmente, como una característica novedosa, el artículo 25.4 de este Real Decreto nos indica que “la oferta pública habrá de realizarla el representante legal de la empresa o profesional que tenga poder de disposición, previo acuerdo, en su caso, del órgano de gobierno correspondiente”. De este modo, se exigen unos requisitos adicionales para realizar la oferta en nombre de una determinada empresa, consistente en “un poder expreso en el que conste la

¹³³MARÍN, M.J.: *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo* [en línea], Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha, 2008. Visitada por última vez el 14/11/2019.

Disponible en web: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2008/19-2008-1.pdf>

¹³⁴BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes...*, cit., p. 123.

¹³⁵MARÍN, M.J.: *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo* [en línea], Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha, 2008. Visitada por última vez el 14/11/2019.

Disponible en web: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2008/19-2008-1.pdf>

¹³⁶BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes...*, cit., p. 123.

facultad de disposición, o un acuerdo expreso del órgano de gobierno correspondiente, que les autorice a tales efectos¹³⁷”.

Uno de los principales problemas que presentaba el sistema arbitral de consumo, anterior a la normativa vigente, era la presentación de ofertas públicas limitadas, ya fuera de carácter cualitativo, temporal, cuantitativo, territorial o cualquier otro. Esto suponía la necesidad de realizar una reforma tendente a reducir los supuestos en los que se permitieran estas ofertas limitadas, así como “establecer dos modalidades de distintivos oficiales de empresas adheridas”, según presenten o no limitaciones¹³⁸.

Dicha reforma fue recogida por el Real Decreto 231/2008, que ha reducido la posibilidad de presentar ofertas públicas limitadas a partir de la exclusión como tal de una serie de supuestos. Por ejemplo, no se considera oferta pública limitada: a) aquella con limitación temporal superior a un año; b) la oferta que únicamente se adhiera a las juntas del territorio donde se lleva a cabo la actividad empresarial; y c) aquella que imponga como condición para la solicitud de arbitraje “la previa presentación de una reclamación ante los mecanismos de solución de conflictos habilitados por la empresa o profesional, siempre que estos (...) sean gratuitos y conste en el precontrato y contrato información sobre su existencia y modos de acceder a ellos¹³⁹”.

Además, se ha establecido que las ofertas limitadas se deben referir a aquellos sectores con una gran cantidad de reclamaciones, consultas o falta de inclusión en el sistema arbitral de consumo¹⁴⁰. Bajo este término, MANUEL JESÚS MARÍN¹⁴¹ interpreta que estas no son las únicas posibilidades para permitir que se admita una oferta pública limitada y que, por tanto, existe un amplio rango de discrecionalidad concedida a las Juntas arbitrales para decidir sobre la admisión.

¹³⁷*Ibidem*..., cit., p. 125.

¹³⁸MARÍN, M.J.: *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo* [en línea], Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha, 2008. Visitada por última vez el 14/11/2019.

Disponible en web: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2008/19-2008-1.pdf>

¹³⁹BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes*..., cit., p. 126.

¹⁴⁰Artículo 26 Real Decreto 231/2008: *Podrán admitirse ofertas públicas de adhesión limitada al Sistema Arbitral de Consumo, en particular, en sectores que presenten un importante número de consultas y reclamaciones o en los que no exista una suficiente implantación del sistema, previo informe preceptivo de la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo. El informe negativo a la admisión de la oferta pública de adhesión limitada será, además, vinculante para la Junta Arbitral de Consumo.*

¹⁴¹MARÍN, M.J.: *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo* [en línea], Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha, 2008. Visitada por última vez el 14/11/2019.

Disponible en web: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2008/19-2008-1.pdf>

Para el autor, el régimen de autorización de ofertas públicas limitadas se completa con las siguientes normas: a) se establece la necesidad de obtener un informe previo al escrito de adhesión, de carácter vinculante, emitido por la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, que atenderá las pautas del Consejo General del Sistema Arbitral de Consumo; b) la decisión sobre la admisión de la oferta limitada corresponde a la Junta arbitral competente; c) el Presidente de dicha junta es la figura encargada de notificar la admisión, notificando su decisión a la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo¹⁴².

En último lugar, cabe indicar que el Real Decreto 231/2008 ha creado *ex novo* dos distintivos oficiales distintos, uno para las ofertas públicas sin limitaciones, y otro para aquellas limitadas, que “siendo igual en forma, color y tamaño que el anterior, menciona explícitamente y de manera clara que se trata de una oferta limitada¹⁴³”. Además, el artículo 28.2 de dicha normativa establece que el presidente de la Junta arbitral correspondiente puede admitir la oferta pública limitada, pero denegar la posibilidad de usar el distintivo oficial propio de este tipo de ofertas¹⁴⁴.

“De este modo, el consumidor estará informado del ámbito de la oferta antes de formalizar su solicitud de arbitraje; impidiendo la creación de una falsa expectativa en el consumidor, como ocurría al amparo de la regulación anterior, cuando se desestimaban las solicitudes de arbitraje al estar excluidas las controversias del ámbito de la oferta¹⁴⁵”.

Finalmente, respecto a la cuarta y última modalidad que puede tomar el convenio arbitral de consumo, relativo a la solicitud de arbitraje presentada por el consumidor con la consiguiente aceptación del empresario, se determina la existencia de un plazo de 15 días para proceder a la aceptación, así como para contestar a dicha solicitud con las alegaciones correspondientes. Si dicho plazo expira, el presidente de la Junta procederá a decretar el archivo

¹⁴²MARÍN, M.J.: *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo* [en línea], Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha, 2008. Visitada por última vez el 14/11/2019.

Disponible en web: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2008/19-2008-1.pdf>

¹⁴³MARÍN, M.J.: *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo* [en línea], Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha, 2008. Visitada por última vez el 14/11/2019.

Disponible en web: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2008/19-2008-1.pdf>

¹⁴⁴Artículo 28.2 Real Decreto 231/2008: *La resolución en la que se acuerde la admisión de una oferta pública de adhesión limitada, contendrá un pronunciamiento expreso sobre la procedencia de otorgar el distintivo previsto en el anexo II, en el que conste explícitamente y de forma clara, que se trata de una oferta limitada.*

¹⁴⁵BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes...*, cit., p. 127.

de la solicitud, pero si se acepta, el proceso se entenderá comenzado desde que entrase la aceptación a la solicitud en la Junta arbitral de consumo¹⁴⁶.

6. PROCEDIMIENTO DEL ARBITRAJE DE CONSUMO

El procedimiento del arbitraje de consumo puede seguir distintos cauces en función de la opción elegida. Así, podemos distinguir entre los siguientes:

6.1. Procedimiento ordinario

Este procedimiento está regido por el principio de gratuidad, ya que el arbitraje de consumo se establece como no oneroso -salvo los casos de prueba a instancia de parte-; el principio de audiencia, pues “impone el respeto a ser oído si se tiene la voluntad de intervenir en el procedimiento arbitral”; el principio contradictorio, por encontrar al consumidor y al empresario como dos partes con intereses contrarios; y el principio de igualdad, teniendo en cuenta que ambas partes presentan medios equivalentes para hacer vales sus intereses¹⁴⁷.

El proceso inicia con una primera fase preparatoria, que comienza con la solicitud presentada por el consumidor, cuyo contenido recoge la identificación de las partes, los hechos, la petición, la cuantía solicitada, los fundamentos y la copia del convenio arbitral. Una vez sea recibida por la Junta arbitral, el presidente debe evaluar la competencia territorial y, posteriormente, resolver la admisión de la solicitud, teniendo en cuenta el contenido de esta, la personificación de ambas partes bajo el concepto de empresario y consumidor, así como los fundamentos de la petición¹⁴⁸.

La resolución que se emita, “pone fin a la vía administrativa, salvo que la resolución verse sobre los supuestos” relativos a las materias objeto de arbitraje de consumo, “en cuyo caso podrá ser recurrida ante la Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo”. A su vez, esta dispone de 3 meses para resolver, poniendo fin a la vía administrativa¹⁴⁹.

¹⁴⁶*Ibidem*..., cit., p. 120.

¹⁴⁷*Ibidem*..., cit., pp. 142-144.

¹⁴⁸MARÍN, M.J.: *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo* [en línea], Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha, 2008. Visitada por última vez el 14/11/2019.

Disponible en web: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2008/19-2008-1.pdf>

¹⁴⁹MARÍN, M.J.: *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo* [en línea], Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha, 2008. Visitada por última vez el 14/11/2019.

Disponible en web: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2008/19-2008-1.pdf>

En caso de que la solicitud presente algún defecto, se determina que la Junta arbitral deberá notificar al consumidor con el fin de que subsane la solicitud en un plazo de 15 días que, transcurrido, supondrá el archivo definitivo de las actuaciones¹⁵⁰.

Por su parte, si la resolución del presidente es estimatoria y se admite la solicitud, la Junta dispone de dos actuaciones condicionadas por la existencia de convenio arbitral. Si consta el pacto, el presidente notificará a las partes el inicio del procedimiento; si, por lo contrario, no fuera así, o no se pudiera determinar su validez, el presidente dispone de 30 días para solicitarle al empresario que acepte el arbitraje y la mediación anterior, y que exponga las pruebas necesarias¹⁵¹.

Las alegaciones que presente el empresario deben presentarse en un plazo de 15 días, ya sea tras la notificación de apertura del procedimiento o de la presentación de solicitud, y tienen la consideración de contestación a la solicitud en virtud del artículo 42.2¹⁵² del Real Decreto 231/2008.

Una vez realizada la mediación sin acuerdo entre las partes, o tras el rechazo a que esta se lleve a cabo, se designan los árbitros que van a conocer del asunto y se abre la segunda fase del procedimiento, caracterizada por la resolución final del conflicto. Si el arbitraje de consumo no es sectorial, se tratará un intento de conciliación que, de fracasar, dará lugar a un traslado de la documentación presentada por ambas partes a la contraria¹⁵³.

Si, por el contrario, se trata de un arbitraje de consumo especializado a razón del sector, se notificará directamente a las partes de la fecha de la audiencia. Así lo establece el artículo 40.1 de este Real Decreto al establecer que *“en aquellos arbitrajes de carácter sectorial que por su naturaleza requieran la inmediatez de su tramitación, podrá convocarse a las partes a audiencia, sin más trámite, siempre que se haya verificado la admisibilidad de la solicitud y la validez del convenio arbitral y se haya procedido a la designación del árbitro o árbitros que conocerán del conflicto”*.

En lo que se refiere a la audiencia, se determina que pueden darse tantas como consideren los árbitros, ya sea de forma escrita, oral, presencial o a través de medios electrónicos. En ella, las partes “podrán presentar las alegaciones y pruebas que estimen

¹⁵⁰BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes...*, cit., p. 145.

¹⁵¹*Ibidem...*, cit., p. 145.

¹⁵²Artículo 42.2 Real Decreto 231/2008: *Las alegaciones presentadas por el reclamado conforme a lo previsto en el artículo 37, tendrán el valor de contestación a la solicitud de arbitraje y se integrarán, junto con la solicitud y la documentación aportada por las partes, en el procedimiento arbitral.*

¹⁵³BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes...*, cit., p. 147.

precisas para hacer valer sus derechos”, pudiendo ser estas últimas aceptadas o rechazadas por los árbitros en una decisión que, posteriormente, deberá notificarse a las partes. No obstante, los árbitros también podrán proponer de oficio aquellas pruebas que resulten completamente necesarias para adoptar la mejor solución al conflicto, lo que demuestra que la actividad probatoria de oficio está limitada por este Real Decreto para reducir los costes del proceso¹⁵⁴.

Por su lado, los medios de prueba que se pueden admitir son aquellos que reproduzcan “la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos y cifras u operaciones relevantes para el procedimiento”. Una vez finalizado el trámite de la audiencia, el proceso habitualmente finaliza con el laudo arbitral, que deberá estar motivado al estimar o desestimar las pretensiones, aunque se trate de un arbitraje de equidad¹⁵⁵.

Otra cuestión especial es la que se refiere al laudo final que no entra en el fondo del asunto. Esto sucede cuando el solicitante no determina su pretensión, las partes deciden poner fin al proceso o el órgano toma en cuenta que la consecución de las actuaciones no es necesaria. En este caso, el laudo no tendrá efecto de cosa juzgada y dejará abierta la vía judicial¹⁵⁶.

6.2. Procedimiento del arbitraje de consumo electrónico

Este tipo de arbitraje se caracteriza por tramitarse, desde la presentación de la solicitud hasta el fin del proceso, a través de la aplicación electrónica que ha sido habilitada por el Instituto Nacional de Consumo¹⁵⁷. El ámbito objetivo de este tipo de procedimiento es idéntico al del procedimiento ordinario, es decir, que también se puede tramitar por esta vía “todo tipo de conflicto sobre materia dispositiva que surja en la relación de consumo”, incluyendo también los litigios consecuentes del comercio electrónico¹⁵⁸.

Las características principales de este procedimiento son: a) carácter preceptivo de un pacto común y expreso entre las partes para adoptar el arbitraje de consumo electrónico; b) todos los trámites de este procedimiento se realizan por medios electrónicos; c) la atención a la normativa de seguridad requiere de la firma y un correo electrónicos; d) las notificaciones de la

¹⁵⁴MARÍN, M.J.: *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo* [en línea], Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha, 2008. Visitada por última vez el 14/11/2019.

Disponible en web: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2008/19-2008-1.pdf>

¹⁵⁵BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes...*, cit., p. 148.

¹⁵⁶*Ibidem*..., cit., p. 150.

¹⁵⁷AGUILAR, Y.: *El arbitraje de consumo: evolución y régimen actual* [en línea], Revista de Derecho nº 15. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2014. Visitada por última vez el 14/11/2019.

Disponible en web: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2014-15-7000/pag_15.pdf

¹⁵⁸BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes...*, cit., p. 151.

Junta arbitral se enviarán al medio electrónico determinado por las partes; e) cuando la prueba sea de carácter presencial podrá realizarse por videoconferencia u otros mecanismos técnicos; y f) el lugar del arbitraje corresponde a aquel donde radique la Junta arbitral competente, “salvo que en el laudo figure un lugar distinto, en cuyo caso” será el lugar indicado en este.

6.3. Procedimiento de arbitraje de consumo colectivo

Por su parte, en el procedimiento colectivo se dilucidan aquellos conflictos de consumo en un único procedimiento donde se protegen los intereses de distintos consumidores determinados o potencialmente determinables y que, además, se basan en un mismo hecho común. Este proceso tiene una competencia territorial especial, ya que corresponde a la Junta Arbitral de Consumo “competente en todo el ámbito territorial en el que estén domiciliados los consumidores y usuarios afectados”, y si todos ellos tuvieran su domicilio en distintas Comunidades Autónomas, será conocedora la Junta Arbitral Nacional¹⁵⁹.

En este procedimiento lo que se realiza, por tanto, “es un ejercicio acumulado de varias acciones frente a un mismo empresario requerido, basadas todas ellas en una misma” causa de pedir. En consecuencia, se trata de una acumulación de acciones de carácter sobrevenido que sirve de causa para la creación de un proceso especial donde se solventa un litigio plural¹⁶⁰.

Las características principales de este proceso son las siguientes¹⁶¹: a) el sujeto con legitimación para solicitar la apertura del arbitraje es el consumidor, aunque las asociaciones de consumidores se encarguen de pedir la acumulación; b) requiere de la aceptación del empresario en un plazo de 15 días, cuya negativa supone la tramitación de las peticiones por separado; c) la consideración de cosa juzgada del laudo sólo se aplica a los consumidores personados, de modo que el resto de consumidores deberán iniciar un proceso posterior; d) la acumulación se decreta por el presidente de la Junta arbitral correspondiente, ya sea de oficio¹⁶² o a instancia de las asociaciones de consumidores; e) una vez aceptado este procedimiento por el empresario, la Junta realiza un llamamiento a los consumidores a través de un anuncio en el Diario Oficial del territorio competente u otros medios de comunicación; y f) posteriormente, el presidente designará a los árbitros conocedores.

¹⁵⁹AGUILAR, Y.: *El arbitraje de consumo: evolución y régimen actual* [en línea], Revista de Derecho nº 15. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2014. Visitada por última vez el 14/11/2019.

Disponible en web: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2014-15-7000/pag_15.pdf

¹⁶⁰BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes...*, cit., p. 153.

¹⁶¹*Ibidem...*, cit., pp. 150-157.

¹⁶²Artículo 39.2 Real Decreto 231/2008: *El presidente de la Junta Arbitral de Consumo podrá acordar la acumulación de las solicitudes presentadas frente a un mismo reclamado en las que concurra idéntica causa de pedir, para que sean conocidas en un único procedimiento por el órgano arbitral designado al efecto.*

En última instancia, cabe destacar que nuestro Real Decreto 231/2008 no determina el momento procesal exacto en el que debe producirse la audiencia, sino que establece de forma genérica que debe producirse antes de emitir el laudo arbitral, lo cual tiene lugar dentro de los 2 meses siguientes a la realización del llamamiento. Además, debido a la ausencia de regulación, la información sobre el contenido y los efectos del laudo se completa a través de la técnica legislativa de remisión al procedimiento ordinario¹⁶³.

CAPÍTULO IV

DEL ARBITRAJE DE CONSUMO EN EL SECTOR BANCARIO

1. EL ARBITRAJE ENTRE DISTINTAS ENTIDADES BANCARIAS

En este sentido, podemos hacer alusión a una serie de instituciones encargadas de resolver las posibles inferencias que se produzcan entre distintas entidades financieras. Así, encontramos el Servicio para dirimir cuestiones entre Bancos, Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito (SERDI), el organismo encargado de resolver incidencias entre bancos (DIRIBAN), y otros como el INTERCAJAS o el SERDIRRUR, que han sido creados para dilucidar problemas interbancarios “entre entidades financieras cuyo rendimiento puede calificarse como muy satisfactorio¹⁶⁴”.

El DIRIBAN, creado en 1962, y el SERDI, de 1983, dependiente en la actualidad de la Asociación Española de Banca, son los organismos que mayor interrelación presentan para este fin. De hecho, el DIRIBAN se alza como un servicio de gran eficacia, teniendo en cuenta que la sumisión a este servicio es obligatoria entre las partes firmantes del convenio. Así, su principal preocupación reside en las operaciones reguladas por “las normas de funcionamiento técnicas y convenios interbancarios, específicos sobre las materias interbancarias (sistemas de compensación, extravío y custodia de documentos, truncamiento, cesiones, plazos, devoluciones¹⁶⁵, etc.)

Los criterios que se han tenido en cuenta se basan en el conocimiento sobre normativa financiera y la experiencia en la actuación dentro del ámbito bancario que poseen las partes firmantes, así como “la simplicidad y celeridad del procedimiento, su carácter gratuito y su

¹⁶³BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes...*, cit., p. 157.

¹⁶⁴GARCÍA, J.: “El arbitraje bancario y financiero”, *Revista jurídica de Castilla y León*, Dialnet, 2013, nº 29, p. 145.

¹⁶⁵MARTÍNEZ-SAYANES, M.: *El arbitraje de consumo en el sector bancario y financiero* [en línea], Trabajo de Fin de Grado en Derecho. Repositorio institucional de la Universidad Pontificia Comillas, 2014. Visitada por última vez el 30/11/2019.

Disponible en web: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/533>

predictibilidad en muchos casos al poder formarse una doctrina sobre las materias contempladas”. Además, la existencia de estos sistemas encuentra su fundamento en la larga duración de la vía judicial, el desconocimiento de los jueces sobre las técnicas bancarias y la complejidad innecesaria de un asunto que sería fácilmente resuelto por las partes intervinientes¹⁶⁶.

Este tipo de arbitraje se caracteriza por los siguientes elementos: a) voluntariedad; b) respeto al principio de igualdad; c) atención al principio dispositivo y contradictorio; d) tecnicidad material; e) marco legal basado en el derecho mercantil, bancario y la normativa interna de las partes en conflicto; f) carácter bilateral o multilateral¹⁶⁷.

En lo que se refiere a las partes del proceso, se reconoce la legitimidad activa y pasiva de todas aquellas entidades financieras que actúan en España, incluso las extranjeras, sin cabida alguna para la problemática surgida con clientes o asuntos ya judicializados. Por otro lado, el procedimiento inicia con “la solicitud de la entidad o entidades interesadas, la aceptación del DIRIBAN, que se declara competente, y las alegaciones en un plazo común por escrito de las mismas con los documentos correspondientes con traslado a la parte contraria, estableciéndose un plazo para la impugnación de las alegaciones contrarias, pudiendo solicitarse aclaraciones, informes técnicos y pruebas que son limitadas a las escritas¹⁶⁸”.

Además, se determinará la elección de un ponente encargado de elaborar la propuesta del laudo. Este, que debe ser aprobado por mayoría, es independiente de la opinión de las entidades en conflicto y permite la solicitud de aclaración, sin ser posible recurso alguno. No obstante, se admite que las partes alcancen un acuerdo previamente con el que se ponga fin al proceso de arbitraje. En el SERDI, por su parte, se sigue un procedimiento similar, aunque presenta mayor complejidad en su composición y está revestido de una gran especialización¹⁶⁹.

¹⁶⁶GARCÍA, J.: “El arbitraje bancario y financiero...”, cit., p. 146.

¹⁶⁷MARTÍNEZ-SAYANES, M.: *El arbitraje de consumo en el sector bancario y financiero* [en línea], Trabajo de Fin de Grado en Derecho. Repositorio institucional de la Universidad Pontificia Comillas, 2014. Visitada por última vez el 30/11/2019.

Disponible en web: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/533>

¹⁶⁸GARCÍA, J.: “El arbitraje bancario y financiero...”, cit., p. 146.

¹⁶⁹MARTÍNEZ-SAYANES, M.: *El arbitraje de consumo en el sector bancario y financiero* [en línea], Trabajo de Fin de Grado en Derecho. Repositorio institucional de la Universidad Pontificia Comillas, 2014. Visitada por última vez el 30/11/2019.

Disponible en web: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/533>

2. EL ARBITRAJE ENTRE ENTIDADES FINANCIERAS Y EMPRESAS

El derecho de arbitraje no presenta ninguna limitación para que una entidad bancaria y sus clientes-empresa puedan someterse a este mecanismo alternativo a la resolución de litigios, independientemente del sector del que se trate. No nos referimos, en este sentido, al ámbito mercantil o societario, que presenta su propia especialidad respecto al arbitraje, sino a las “operaciones bancarias en las que los bancos y entidades financieras, sus filiales y participadas intervienen como sujetos y acuden a los arbitrajes propios de los negocios en virtud de las cláusulas incluidas en los contratos nacionales e internacionales¹⁷⁰”.

En otras operaciones de carácter financiero, como en el caso de los contratos de permuta financiera (swaps), se ha generalizado la inclusión de cláusulas de arbitraje donde se especifica la sumisión a este sistema ante la Corte de la Cámara de Comercio e Industria de Madrid. Este tipo de productos financieros y las reclamaciones recogidas a consecuencia de las críticas, están vigiladas por la CNMV e, incluso, “si son accesorios o están vinculados a productos bancarios, el Banco de España extiende su competencia, habiendo sido fijados criterios competenciales por las entidades supervisoras¹⁷¹”.

De este modo, el arbitraje entre empresas y entidades bancarias recoge un amplio abanico de operaciones como ámbito material. Así, en las operaciones de activo se admiten los créditos sindicados, “las liquidaciones de la deuda, el cálculo de comisiones, vencimiento, amortización anticipada y ruptura del crédito” e, incluso, las tasaciones y daciones de pago en el ámbito hipotecario. Respecto a las operaciones de pasivo, el arbitraje puede conocer de cuestiones relativas al riesgo de determinados productos de rentabilidad e inversión, “solventía, pérdida y garantía del capital invertido”, entre otras¹⁷².

3. EL ARBITRAJE ENTRE ENTIDADES BANCARIAS Y CONSUMIDORES

En este arbitraje cobra mayor importancia la información brindada a los consumidores y usuarios, debido a su falta de conocimiento sobre operaciones bancarias y financieras, así como acerca de los diversos procedimientos judiciales y sus alternativas. Así, en las operaciones pasivas, cuya normativa aplicable hace alusión a la transparencia en las operaciones y protección de la clientela, destaca el arbitraje suscitado por cuestiones relativas a intereses,

¹⁷⁰GARCÍA, J.: “El arbitraje bancario y financiero...”, cit., p. 147.

¹⁷¹MARTÍNEZ-SAYANES, M.: *El arbitraje de consumo en el sector bancario y financiero* [en línea], Trabajo de Fin de Grado en Derecho. Repositorio institucional de la Universidad Pontificia Comillas, 2014. Visitada por última vez el 30/11/2019.

Disponible en web: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/533>

¹⁷²GARCÍA, J.: “El arbitraje bancario y financiero...”, cit., p. 148.

comisiones o gastos de administración, lo que ha permitido reducir las reclamaciones interpuestas ante el defensor del cliente o el propio Banco de España¹⁷³.

En lo que se refiere a las operaciones activas, el arbitraje recae sobre los créditos y préstamos al consumo, aunque la materia principal es la figura de la garantía hipotecaria. En especial, destacan aquellos asuntos relativos al “crédito responsable, la liquidación de la deuda, el cálculo de comisiones, vencimiento, amortización anticipada, la resolución de las coberturas pactadas de riesgo de interés o divida, la determinación de la divisa y modificación del tipo de interés ordinario y moratorio, las reestructuraciones de deudas, la subrogación al adquirente, tasaciones y dación en pago¹⁷⁴”.

Por otra parte, encontramos productos estructurados que se basan “en uno solo o en varios títulos, una cesta de acciones, un índice, materias primas, deudas y/o divisas, e incluye efectos vinculados a un índice o acción, pagarés y unidades que pueden contener una obligación de comprar participaciones y/o cobertura de deuda a una fecha determinada¹⁷⁵”.

Esta tipología de producto se caracteriza por una elevada esperanza de rentabilidad y un cálculo basado en “cotización de valores o referencias determinadas, pudiendo producirse en el caso de valores, según la evolución bursátil, minusvalías en sus vencimientos”. En consecuencia, las cuestiones objeto de arbitraje son la nulidad contractual debido a un incorrecto asesoramiento, obligación de información previa a la contratación o falta de garantía de liquidez¹⁷⁶.

Finalmente, en cuanto a las inversiones, destacan los contratos de permuta financiera y la inversión en el mercado de valores. Sin embargo, en los últimos tiempos han cobrado gran relevancia una serie de productos financieros de elevada complejidad, cuyas características no han sido debidamente informadas a un cliente desconocedor de la materia, produciéndose así un desenlace de inesperada rentabilidad nula, frente a la expectativa inicialmente planteada. En estos casos, el objeto del arbitraje tiende a “las obligaciones precontractuales de la información,

¹⁷³MARTÍNEZ-SAYANES, M.: *El arbitraje de consumo en el sector bancario y financiero* [en línea], Trabajo de Fin de Grado en Derecho. Repositorio institucional de la Universidad Pontificia Comillas, 2014. Visitada por última vez el 30/11/2019.

Disponible en web: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/533>

¹⁷⁴GARCÍA, J.: “El arbitraje bancario y financiero...”, cit., p. 148.

¹⁷⁵MARTÍNEZ-SAYANES, M.: *El arbitraje de consumo en el sector bancario y financiero* [en línea], Trabajo de Fin de Grado en Derecho. Repositorio institucional de la Universidad Pontificia Comillas, 2014. Visitada por última vez el 30/11/2019.

¹⁷⁶MARTÍNEZ-SAYANES, M.: *El arbitraje de consumo en el sector bancario y financiero* [en línea], Trabajo de Fin de Grado en Derecho. Repositorio institucional de la Universidad Pontificia Comillas, 2014. Visitada por última vez el 30/11/2019.

Disponible en web: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/533>

la simetría entre las partes, el riesgo de liquidez, el rescate, la duración, la posible pérdida sobrevenida, las reducciones del nominal o capital invertido”, entre otras¹⁷⁷.

En este caso, referido a las participaciones preferentes que se comercializaron en España desde 1995, la legislación aplicable es aquella referente a la normativa bursátil y del mercado de valores, así como las sucesivas Directivas europeas y la Directiva MiFID¹⁷⁸. La sumisión pactada por las partes al arbitraje en esta materia, que será objeto de análisis en los epígrafes posteriores, ha permitido disminuir notablemente las reclamaciones interpuestas ante el defensor del cliente y la CNMV¹⁷⁹.

De hecho, las memorias anuales encargadas de atender las reclamaciones y las consultas de los inversores de la CNMV muestran que en 2009 hubo una cifra de 2.154 reclamaciones, solo para ser superadas en 2010 por una cuantía total de 2.296. El motivo principal de estas quejas se basó en “la falta de información o su carácter incompleto antes de la compra de productos financieros con riesgo¹⁸⁰”.

En especial se produjeron, en estos ejercicios, las relativas a instrumentos financieros del grupo Lehman Brothers y de bancos islandeses, y las inversiones en estructurados afectados por el caso Madoff”. Por este motivo, los asuntos principales del arbitraje por esta causa residen en “órdenes, información y asesoramiento de inversiones, gestión de carteras, comisiones y gastos, reembolsos y traspasos en servicios de inversión¹⁸¹”.

4. ESTUDIO DE CASO: LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES

4.1. Marco legislativo: Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero

El Real Decreto-Ley 6/2013, de 22 de marzo, justifica en su Exposición de Motivos las causas por las que es necesario el desarrollo de este texto legal. Así, pone de manifiesto que algunas entidades financieras han emitido, con el fin de resolver una falta de solvencia, determinados productos financieros “*híbridos de capital y deuda subordinada*” consistentes en

¹⁷⁷MARTÍNEZ-SAYANES, M.: *El arbitraje de consumo en el sector bancario y financiero* [en línea], Trabajo de Fin de Grado en Derecho. Repositorio institucional de la Universidad Pontificia Comillas, 2014. Visitada por última vez el 30/11/2019.

Disponible en web: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/533>

¹⁷⁸Esta Directiva se transpuso al ordenamiento jurídico español y entró en vigor el 1 de noviembre de 2007.

¹⁷⁹GARCÍA, J.: “El arbitraje bancario y financiero...”, cit., p. 149.

¹⁸⁰*Ibidem*..., cit., p. 149.

¹⁸¹*Ibidem*..., cit., p. 149.

la “participación de los acreedores de una entidad en los costes derivados de su reestructuración o resolución”.

En consecuencia, este texto legal pretende “hacer un seguimiento de las eventuales reclamaciones que los clientes pueden dirigir a las entidades financieras por razón de la comercialización de estos productos complejos y facilitar en determinados casos mecanismos ágiles de resolución de controversias, principalmente por medio de arbitraje”. De este modo, atendiendo al perjuicio que puede generar para los titulares de estos productos financieros la ausencia de liquidez, se persigue crear una alternativa con la que los clientes puedan obtener la liquidez que necesitan a través de su intercambio.

Con este fin, la Exposición de Motivos de este Real Decreto-Ley indica que será el Fondo de Garantía de Depósitos el encargado de abonar el montante endeudado a sus titulares, una vez realizado “el canje de estos productos por el capital¹⁸²”. De hecho, se establece que este fondo posea “la capacidad legal para crear mecanismos de mercado que permitan una alternativa de liquidez para estas acciones”, es decir, que se le concede, a través de esta normativa, la posibilidad de adquirir las acciones resultantes de intercambiar los títulos de capital y deuda subordinada de las entidades bancarias a las que pertenezcan.

Así, con el fin de “realizar las operaciones necesarias para la rápida puesta en marcha de los mecanismos de mercado para la adquisición de las acciones en cuestión”, esta normativa reviste al Fondo de Garantía de Depósitos de una amplia variedad de recursos. Todo ello, con la intención de ampliar las facultades del fondo y “facilitar la adecuada implementación del proceso de reestructuración bancaria actualmente en curso”.

Por otra parte, la nota característica de este Real Decreto-Ley reside en la creación de la Comisión de Seguimiento, un órgano encargado de establecer los requisitos que deben reunir los consumidores para iniciar un procedimiento de arbitraje contra las entidades financieras nacionalizadas, así como de decidir si los clientes que se encuentran inmersos en un proceso de arbitraje pueden reclamar sus intereses con una determinada prioridad¹⁸³.

¹⁸²MARTÍNEZ-SAYANES, M.: *El arbitraje de consumo en el sector bancario y financiero* [en línea], Trabajo de Fin de Grado en Derecho. Repositorio institucional de la Universidad Pontificia Comillas, 2014. Visitada por última vez el 30/11/2019.

Disponible en web: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/533>

¹⁸³MARTÍNEZ-SAYANES, M.: *El arbitraje de consumo en el sector bancario y financiero* [en línea], Trabajo de Fin de Grado en Derecho. Repositorio institucional de la Universidad Pontificia Comillas, 2014. Visitada por última vez el 30/11/2019.

Disponible en web: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/533>

Así lo establece el artículo 1 de dicho decreto, por el cual *“se crea la Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada (...), como órgano colegiado adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad a través de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, encargado de realizar labores de análisis de los factores generadores de reclamaciones judiciales y extrajudiciales relativas a la comercialización de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada (...) y de determinación de los criterios para que ciertas reclamaciones puedan ser sometidas a arbitraje”*.

Este artículo, además, establece que las funciones realizadas por dicha Comisión se realizarán respetando la distribución competencial de los órganos judiciales, así como del sistema arbitral de consumo. En este sentido, señala el artículo 2.c) que la Comisión determinará los criterios para *“ofrecer a sus clientes el sometimiento a arbitraje de las controversias que surjan en relación con instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada, con el fin de que estos queden adecuadamente compensados del perjuicio económico soportado, en caso de laudo estimatorio”*. Del mismo, dicha Comisión tiene atribuida la función de establecer los requisitos que debe cumplir un conjunto determinado de clientes para, atendiendo a sus circunstancias personales, ofrecerles una tramitación prioritaria.

4.2. Características del producto

Hasta la llegada del año 2008, era habitual que las entidades financieras trataran temas relativos a la amortización anticipada, la recompra o *“la venta a un tercer inversor, recuperándose la inversión sin reclamación del inversor minorista”*. Sin embargo, *“con la crisis, las entidades que dotaban de liquidez al determinar el valor de mercado”* se terminaron alejando del *“valor que pudiera considerarse razonable”*¹⁸⁴.

Para comprender la problemática surgida en torno a estos productos financieros, es imprescindible comprender, en primer lugar, sus características¹⁸⁵:

a) Valor negociable

Se trata de un derecho de carácter patrimonial, considerado un activo financiero, que por su naturaleza jurídica se puede transmitir de forma impersonal y general en el mercado. Su finalidad es proporcionar una determinada rentabilidad, en función del contenido económico

¹⁸⁴GARCÍA, J.: “El arbitraje bancario y financiero...”, cit., pp. 149-150.

¹⁸⁵GÓMARA, J.: *Participaciones preferentes: arbitraje, acciones civiles y penales*. Madrid, Ediciones Francis y Taylor, S.A., 2013, pp. 35-47.

que incorporan, aunque su complejidad en términos de riesgo y liquidez requiere de una importante actividad informativa.

Este tipo de participaciones “tienen una función eminentemente financiera por disposición legal, equiparable a la función del capital social de la entidad y demás elementos componentes del patrimonio neto, es decir, que computan como recursos propios de la entidad de crédito emisora”.

b) Producto financiero complejo y de riesgo

Las participaciones preferentes son un instrumento de elevada complejidad y gran riesgo financiero, que podría conllevar una importante rentabilidad, pero también la pérdida completa de la cuantía invertida. Los riesgos principales se refieren a: la ausencia de remuneración, consecuente de la falta de beneficios de la entidad bancaria que emite la participación; absorción de pérdidas; perpetuidad; falta de preferencia en caso de insolvencia o conflicto con créditos privilegiados; pérdidas en el capital invertido; inseguridad en la liquidación, debido a la posibilidad de que la entidad emisora sea liquidada o disuelta; y fluctuación de su calidad, ya que esta depende de la variación “de los ratings asignados al garante”.

c) Perpetuidad

Este tipo de participaciones no presentan un plazo de vencimiento, es decir, que no se da el devengo del capital invertido en un principio al término de un plazo concreto de tiempo. Esto supone que las preferentes son un tipo de participaciones de carácter perpetuo, que únicamente facultan a la entidad emisora a solicitar la amortización anticipada -una vez transcurridos cinco años y bajo la aprobación del Banco de España-, sin transmitir al cliente inversor un derecho de crédito que le faculte para “la restitución del valor nominal invertido en ella bajo determinadas circunstancias de tiempo o vencimiento”.

d) Falta de liquidez y negociación

La perpetuidad de este tipo de participaciones genera la imposibilidad de deshacer la inversión realizada, que únicamente queda a voluntad de la entidad financiera emisora, y su cotización no se da en Bolsa, sino en el mercado secundario de valores. En consecuencia, “el dinero invertido en ella deviene prácticamente irrecuperable ante los hechos que legalmente determinan la desactivación de su sistema de rentabilidad, es decir, que la entidad de crédito deje de cumplir sus obligaciones en materia de recursos propios o que no haya obtenido beneficios, ni disponga de reservas repartibles”.

e) Amortizable anticipadamente por el emisor

En caso de que se produzca una caída del tipo de interés, la entidad emisora tiene la posibilidad de amortizar la participación y así generar un beneficio parcial, ahorrando intereses y emitiendo otros títulos que presentarían un tipo de interés menor.

Sin embargo, para el cliente no se trata de una perspectiva positiva, ya que estos “verían amortizado un título con un tipo de interés atractivo para el inversor”. En otras palabras, si el tipo de interés se eleva, al banco emisor no le interesará elegir esta opción y el cliente inversor perdería la oportunidad de aumentar la rentabilidad del producto en el mercado, pues depende de la decisión de la entidad emisora.

f) Orden de prelación en caso de insolvencia del emisor

El único supuesto que haría nacer un derecho de crédito contra la entidad financiera, basada en el pago del valor nominal de la participación, sería la liquidación o disolución de esta. Sin embargo, el cobro de la participación preferente se sitúa al final de todos los acreedores que presente la entidad.

Por lo tanto, “la recuperación del dinero invertido en participaciones preferentes exige el previo y completo pago de la totalidad de los créditos de los acreedores de esta y, acaso, también los del grupo en el que la misma se integra”.

g) Recursos propios de las entidades de crédito

La inversión en participaciones preferentes no genera una deuda contra la entidad emisora, sino que se trata de un capital invertido completa y perpetuamente en la entidad principal de la filial emisora, de forma que la inversión queda afectada, como una parte inalienable del capital social, a la situación patrimonial que esta y su grupo presenta.

4.3. La problemática del caso

El problema de las participaciones preferentes comenzó en España con la colocación, por parte de las entidades financieras, de este complejo instrumento financiero entre sus clientes particulares, quienes disponían de depósitos a plazo fijo en la propia entidad. Para ello, les convencieron de su elevada rentabilidad y absoluta liquidez, pero omitieron cuestiones como el elevado riesgo, la ausencia de un plazo de vencimiento, la falta de cobertura por algún fondo

de garantía y el hecho de que “para su venta, hay que acudir a un mercado secundario que no tiene liquidez inmediata”¹⁸⁶.

En consecuencia, los clientes inversores, constituidos por pequeños consumidores, conocieron la verdadera naturaleza jurídica de este instrumento financiero tras la solicitud de devolución del capital invertido, al ser conscientes del inicio de las pérdidas. Por este motivo, las entidades financieras cometieron un grave error al no informar adecuadamente a sus clientes sobre los riesgos del producto¹⁸⁷.

Esto, además, se incrementa, si tenemos en cuenta que algunos empleados de estas entidades, que comercializaron las participaciones preferentes, no disponían de formación suficiente sobre estas, y que la mayoría de los clientes eran inexpertos en el ámbito de la economía y el derecho¹⁸⁸.

Así, el contrato de adquisición de participaciones preferentes suscrito por clientes particulares ha sido anulado por los tribunales en numerosas ocasiones, atendiendo principalmente a la figura de la invalidez contractual. La invalidez supone la inexistencia de vinculación alguna entre las partes contrapuestas de un contrato, debido a la presencia de un vicio que limita los efectos que deberían surgir del pacto de voluntades¹⁸⁹.

Así, puede tratarse de una nulidad de pleno derecho, cuando el contrato se ha concertado omitiendo un imperativo legal o ante la completa ausencia de los elementos esenciales¹⁹⁰ de un contrato -es decir, causa, objeto y consentimiento-, o de anulabilidad¹⁹¹.

La anulabilidad, por su parte, supone que el contrato es válido y eficaz desde sus inicios, pero presenta un vicio en la causa, el objeto o el consentimiento del contrato, que lo invalida a instancias del contratante lesionado. Así, en el caso de las participaciones preferentes, se ha

¹⁸⁶*Ibidem*..., cit., p. 37.

¹⁸⁷*Ibidem*..., cit., p. 37.

¹⁸⁸*Ibidem*..., cit., pp. 37-38.

¹⁸⁹ALCALDE, C.: *Las participaciones preferentes* [en línea], Trabajo de Fin de Máster. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, 2015. Visitada por última vez el 13/12/2019.

Disponible en web: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000928.pdf

¹⁹⁰Artículo 1.261 CC: *No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca.*

¹⁹¹ALCALDE, C.: *Las participaciones preferentes* [en línea], Trabajo de Fin de Máster. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, 2015. Visitada por última vez el 13/12/2019.

Disponible en web: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000928.pdf

observado la anulabilidad como la vía para invalidar el contrato con la entidad emisora, a causa de la existencia de un vicio en el consentimiento prestado¹⁹².

De este modo, existen cuatro elementos¹⁹³ que pueden viciar el consentimiento y causar la anulabilidad del contrato: error, violencia, intimidación y dolo. Para el objeto de esta investigación es necesario eliminar la violencia y la intimidación, y centrarnos en el dolo¹⁹⁴, comprendido como la mala fe desplegada para lograr la consecución de un objetivo, y el error¹⁹⁵, consistente en la existencia de un conocimiento equivocado respecto al contrato.

➤ El error como vicio del consentimiento

Los clientes particulares que suscribieron con la entidad financiera el contrato de participaciones preferentes alegaron en los escritos de alegaciones que no fueron debidamente informados sobre los riesgos que suponía contratar este tipo de instrumento financiero, por lo que su consentimiento se formó en base a una realidad inexacta. El error, por tanto, recayó, efectivamente, sobre la sustancia que era objeto del contrato y sus condiciones (esencialidad), sin poder alegar la responsabilidad del sujeto lesionado, a causa de una falta de diligencia (excusabilidad)¹⁹⁶.

En consecuencia, es jurisprudencia asentada que la entidad financiera tiene “*el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos financieros*”, siendo dicha información “*imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero*”¹⁹⁷.

¹⁹²ALCALDE, C.: *Las participaciones preferentes* [en línea], Trabajo de Fin de Máster. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, 2015. Visitada por última vez el 13/12/2019.

Disponible en web: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000928.pdf

¹⁹³Artículo 1265 CC: *Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.*

¹⁹⁴Artículo 1269 CC: *Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.*

¹⁹⁵Artículo 1266 CC: *Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección.*

¹⁹⁶ALCALDE, C.: *Las participaciones preferentes* [en línea], Trabajo de Fin de Máster. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, 2015. Visitada por última vez el 13/12/2019.

Disponible en web: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000928.pdf

¹⁹⁷Auto de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2018.

Así se pronunció el Tribunal Supremo al establecer que *“lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo, que determina en el cliente inversor no profesional que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato¹⁹⁸”*. Esta falta de consentimiento se considera probada cuando *“las demandantes son minoristas, carentes de conocimientos financieros y de perfil conservador, siendo destinatarios absolutamente inidóneos para la comercialización de este tipo de productos¹⁹⁹”*.

De hecho, el mismo auto determina que *“en el test de conveniencia practicado se calificaban los productos como de riesgo medio, lo que no se corresponde con la realidad. En el folleto informativo tampoco se establecía de forma clara y transparente cuales eran los verdaderos riesgos de la inversión, pronunciándose en términos incomprensibles para un consumidor²⁰⁰”*. Asimismo, la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo ya ha expuesto en otros autos²⁰¹ esta línea de actuación al considerar *“acreditado que el cliente no supo el alcance del riesgo de las operaciones que firmó y que no hubo la información exigible por parte del banco²⁰²”*, por lo que se aprecian los criterios para apreciar el error esencial y excusable en estos asuntos concretos.

En esta misma línea de actuación se pronuncian los Autos de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018, de 27 de junio de 2018, de 9 de octubre de 2019 y las Sentencias de esta misma sala de 25 de octubre de 2017, de 4 de abril de 2019, de 5 de junio de 2019 y de 11 de julio de 2017, entre otros.

➤ El dolo como vicio del consentimiento

Por su parte, el dolo que se regula como vicio del consentimiento consiste en el *“conjunto de acciones u omisiones engañosas y de mala fe, que dan lugar a la perfección del contrato en contra de la voluntad real y querida”*, lo que parte del *“principio de autonomía de la voluntad y de la protección de la libertad de las partes con el fin de asegurar que existe consentimiento²⁰³”*.

¹⁹⁸STS de 28 de octubre de 2015.

¹⁹⁹Auto de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2018.

²⁰⁰Auto de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2018.

²⁰¹Auto de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2013, de 9 de abril de 2013 y de 21 de enero de 2014.

²⁰²Auto de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2018.

²⁰³ALCALDE, C.: *Las participaciones preferentes* [en línea], Trabajo de Fin de Máster. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, 2015. Visitada por última vez el 13/12/2019.

Disponible en web: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000928.pdf

Sin embargo, no todo engaño genera el dolo que vicia el elemento esencial del consentimiento. Este dolo, entendido como un “complejo de malas artes, contrario a las leyes de la honestidad e idóneo para sorprender la buena fe ajena, generalmente en beneficio propio”, se produce cuando se da un elemento objeto, consistente en una actitud tendente al engaño, y un elemento subjetivo, que es la voluntad de engañar para obtener el propósito pretendido²⁰⁴.

En el caso de las participaciones preferentes, el elemento objetivo del dolo se observa en el comportamiento de la entidad financiera al indicar a sus clientes que el objeto de este contrato consistía en un depósito a plazo, aunque también mediante una conducta pasiva basada en la omisión de información. Este último aspecto se da debido al deber de información que se despliega del producto contratado, ya que, de haber conocido los rasgos esenciales de este instrumento, probablemente el contrato no se hubiera llevado a cabo²⁰⁵.

Por su parte, la concurrencia de la omisión del deber de información con el elemento subjetivo que caracteriza al dolo presupone la necesidad de que la ocultación de los riesgos propios de las participaciones preferentes haya sido realizada con una determinada intencionalidad. Así, teniendo en cuenta que los vicios del consentimiento requieren pruebas sólidas, sin admitir presunciones, el número de resoluciones que contemplan el dolo como vicio del consentimiento en la contratación de participaciones preferentes es muy reducido debido a la complejidad que supone probar la intencionalidad²⁰⁶.

De este modo, podemos encontrar algunas resoluciones de la justicia menor, como esta sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Mataró que consideró la existencia de “*dolo activo e incorrecta transmisión de la información precontractual y contractual por la demandada a sus clientes, por cuanto la información que la misma suministró a estos sobre su solvencia y su patrimonio era notoriamente incorrecta por no decir falsa*”²⁰⁷.

²⁰⁴ ALCALDE, C.: *Las participaciones preferentes* [en línea], Trabajo de Fin de Máster. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, 2015. Visitada por última vez el 13/12/2019.

Disponible en web: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000928.pdf

²⁰⁵ ALCALDE, C.: *Las participaciones preferentes* [en línea], Trabajo de Fin de Máster. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, 2015. Visitada por última vez el 13/12/2019.

Disponible en web: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000928.pdf

²⁰⁶ ALCALDE, C.: *Las participaciones preferentes* [en línea], Trabajo de Fin de Máster. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, 2015. Visitada por última vez el 13/12/2019.

Disponible en web: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000928.pdf

²⁰⁷ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Mataró (Madrid) de 6 de junio de 2014.

Por otra parte, la Audiencia Provincial de Madrid ha considerado en numerosas sentencias²⁰⁸ la existencia de dolo por omisión de la información que, a su vez, generó el error en el consentimiento. Así, considera que *“el dolo concurrió en la medida en que no se comunicó al cliente la situación financiera de Caja Madrid ni se relacionó esta última con la posible frustración de la adquisición de las participaciones preferentes”*, por lo que se dio *“el dolo omisivo (...), generador del error (...), y, consecuentemente, la orden y contrato de adquisición de participaciones preferentes deberá ser anulado”*²⁰⁹.

4.4. El arbitraje en el contrato de adquisición de participaciones preferentes

En España, el medio extrajudicial para resolver los conflictos relativos a participaciones preferentes ha sido el arbitraje de consumo, cuyas características ya quedaron previamente establecidas en el capítulo anterior. Así, según la Memoria del Instituto Nacional de Consumo, en el año 2013 “se tramitaron ante la Junta Arbitral Nacional de Consumo alrededor de 145.000 expedientes” de Bankia, produciéndose en agosto un total de 8.000 laudos a favor del consumidor²¹⁰.

Sin embargo, Bankia no fue la única entidad financiera que emitió este tipo de participaciones. El arbitraje de consumo también ha sido aplicado a los litigios derivados de la adquisición de participaciones preferentes de Caixa Galicia y Caixa Nova, tras el ofrecimiento de acudir a esta vía de resolución de conflictos cuando surgió la reclamación²¹¹.

Por otra parte, el arbitraje de consumo “requiere de la aceptación de la entidad comercializadora de las participaciones preferentes, dado que en caso de no ser aceptado la única posibilidad que resta al inversor es solicitar la protección de sus derechos ante los tribunales ordinarios”. De este modo, antes de aceptar, la entidad envía las solicitudes recibidas a un experto independiente para que este valore si se cumplen los requisitos asentados por la Comisión de Seguimiento para acudir al arbitraje²¹².

²⁰⁸La Sección 19ª de la Audiencia Provincial de Madrid ha contemplado esta misma línea de actuación en otras resoluciones como en la sentencia de 13 de junio de 2014, de 9 de junio de 2014, de 20 de octubre de 2014 o de 5 de diciembre de 2014.

²⁰⁹Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19ª), de 14 de febrero de 2014.

²¹⁰CONSTANZA, M.: “El arbitraje de consumo desde una perspectiva comparada: derechos español, portugués y argentino”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Dialnet, 2017, nº 15, p. 2.

²¹¹GARCÍA, J.: “El arbitraje bancario y financiero...”, cit., p. 151.

²¹²GÓMARA, J.: *Participaciones preferentes: arbitraje, acciones civiles y penales*. Madrid, Ediciones Francis y Taylor, 2013, p. 232.

Así, en las entidades participadas por el FROB, el cliente debe cumplir con una serie de criterios establecidos por la Comisión de seguimiento de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada para acudir al arbitraje, que son²¹³:

- a) Capacidad para contratar: menores de edad sin presencia de tutor legal o representante e incapaces sin la participación del representante legal.
- b) Documentación: ausencia de contrato, inexistencia de documentos importantes en el expediente e incorrecciones significantes en el documento contractual.
- c) Información sobre el instrumento financiero contratado: ausencia de información o información proporcionada de forma incorrecta sobre el producto, sus riesgos, complejidad, plazo y liquidez, así como la información añadida que no se corresponda con el contrato.
- d) Información recabada sobre el cliente: inexistencia de un proceso para la obtención de datos y creación del perfil del inversor, así como la evaluación de conveniencia del cliente relativa a la ausencia de experiencia en inversión financiera.
- e) Evaluación de la idoneidad del cliente para contratar el instrumento financiero formulada incorrectamente.
- f) Acreditación del particular o declaración de la entidad financiera relativa a una recomendación del producto sin la adecuada valoración o una información emitida de forma errónea.

Una vez aceptado, los distintos casos se remiten a la Junta Arbitral de Consumo, para que los árbitros decidan, de forma vinculante e irrecurable, la parte vencedora y el importe a satisfacer en caso de que el consumidor se haga con la razón²¹⁴. En el laudo arbitral deberán constar los hechos y una serie de datos relativos a los fundamentos de derecho, tales como la petición, el marco legislativo aplicable, el “perfil concreto de la inversión en el que se señalan otros productos bancarios del cliente y se indica si el perfil del inversor es o no adecuado al producto de riesgo”, y el instrumento financiero adquirido bajo las condiciones establecidas en el contrato²¹⁵.

En caso de que el fallo de dicho laudo sea estimatorio para la petición del cliente, este percibirá una “cantidad equivalente al importe nominal de su inversión del que se descontarán los intereses percibidos, y al que se añadirán los intereses que hubiese cobrado por un depósito

²¹³*Ibidem...*, cit., p. 236.

²¹⁴*Ibidem...*, cit., pp. 232-233.

²¹⁵GARCÍA, J.: “El arbitraje bancario y financiero...”, cit., p. 152.

(...) sobre ese resultado, se descontará el importe obtenido por la venta de las acciones antes (valor de mercado) o después de la firma del convenio (se tiene en cuenta el valor de la acción el día anterior a la firma), y si no las ha vendido, descontando el valor a esa misma fecha²¹⁶”.

Además de la decisión de los árbitros y el importe a devolver, el fallo establece un plazo de 20 días para satisfacer la obligación de pago, el número de cuenta, la declaración de titularidad de las participaciones preferentes a la entidad emisora, “el carácter de cosa juzgada vinculante y ejecutiva y la posibilidad de recurso en el Tribunal Superior de Justicia²¹⁷”.

En último lugar, cabe destacar que, en otras entidades financieras, la solución al conflicto por la suscripción de participaciones preferentes ha llegado de la mano de una serie de acuerdos de permuta de otros títulos con un conjunto de características afines al perfil del inversor-cliente²¹⁸.

²¹⁶GÓMARA, J.: *Participaciones preferentes: arbitraje, acciones civiles y penales*. Madrid, Ediciones Francis y Taylor, 2013, p. 233.

²¹⁷GARCÍA, J.: “El arbitraje bancario y financiero...”, cit., p. 153.

²¹⁸*Ibidem*..., cit., p. 154.

CONCLUSIONES

Una vez analizados los epígrafes anteriores, es necesario hacer alusión a una serie de conclusiones que clarifiquen el resultado de esta investigación:

1. La evolución de la sociedad consolidó el modelo heterocompositivo como la vía idónea para resolver un conflicto surgido entre dos o más partes. En este, los litigantes pueden optar por el proceso judicial tradicional, o por otros sistemas alternativos (ADR) que se encuentran en auge actualmente.

2. Entre estas vías alternativas para la resolución de conflictos encontramos el arbitraje, regulado en España por la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. En este sistema, las partes en conflicto suscriben un convenio sometiéndose a arbitraje con el fin de que un tercero tome una decisión, en forma de laudo arbitral, revestido de carácter vinculante y cosa juzgada.

3. El arbitraje tiene su propia especialización en materia de consumidores y usuarios, conformándose, así, un Sistema Arbitral de Consumo que goza de una organización institucional concreta y un procedimiento específico. En consecuencia, este modelo resulta muy beneficioso para las partes, ya que pueden acudir a un proceso rápido, eficaz y gratuito, garantizando así la accesibilidad e igualdad de armas para la parte más débil del conflicto.

4. El derecho bancario y financiero ha sido una constante en materia de consumo durante los últimos años. Por esta razón, el derecho de arbitraje en materia de consumidores y usuarios tiene su propia especialidad para los litigios surgidos entre dos o más partes donde, al menos, una de ellas es una entidad bancaria.

5. El inicio de la crisis económica en España supuso la comercialización, por parte de entidades financieras como Bankia o Caixa Galicia, de productos híbridos de deuda subordinada a pequeños clientes-consumidores. Estos instrumentos financieros, comúnmente conocidos como participaciones preferentes, fueron contratados por particulares sin conocimiento en la materia, ni información transparente sobre el producto.

6. Los consumidores interpusieron una avalancha de demandas judiciales contra la entidad bancaria para reclamar las cantidades invertidas. Sin embargo, pronto las ventajas del Sistema Arbitral de Consumo pusieron de manifiesto la viabilidad de este modelo alternativo, caracterizado por su gran eficacia y bajo coste, capaz de ofrecer las mismas garantías que el sistema judicial.

7. Como resultado, la Memoria del Instituto Nacional de Consumo presentó en 2013 la esperanzadora cifra de 145.000 expedientes, tan sólo de la entidad financiera Bankia, tramitados con el objeto de anular la suscripción de participaciones preferentes. Una tranquilizadora situación que, en cifras, alcanza los 8.000 laudos arbitrales estimatorios de las peticiones, presentadas por los consumidores, con el objeto de estabilizar el injusto desequilibrio patrimonial causado por la omisión del deber de información.

BIBLIOGRAFÍA

-AGUILAR, Y.: *El arbitraje de consumo: evolución y régimen actual* [en línea], Revista de Derecho nº 15. Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2014. Visitada por última vez el 14/11/2019.

Disponible en web: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:RDUNED-2014-15-7000/pag_15.pdf

-ALBERTI, M.: *Ulises: El arbitraje comercial*. Lima, Cultural Cuzco, 1988.

-ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO.: *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso*. México, UNAM, 1970.

-ALCALDE, C.: *Las participaciones preferentes* [en línea], Trabajo de Fin de Máster. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, 2015. Visitada por última vez el 13/12/2019.

Disponible en web: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE000928.pdf

-BARONA, S. ET AL.: *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*. Navarra, Aranzadi, 2007.

-BLANCO CARRASCO, M.: *Medios alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*. Madrid, Reus, 2009.

-BONACHERA, R. Y SENÉS, C.: *Los arbitrajes especiales*. Navarra, Thompson Reuters, 2010.

-CALAMANDREI, P.: *Instituciones de Derecho Procesal Civil Volumen I*. Sentís, S (trad.), Buenos Aires, Librería El Foro, 1996.

-CASTILLO, M. Y VÁSQUEZ, R.: *Arbitraje: naturaleza y definición* [en línea], Derecho PUCP (59), 2006. Visitada por última vez el 29/10/2019.

Disponible en web: <file:///C:/Users/HP%20820%20G1/Downloads/Dialnet-Arbitraje-5085113.pdf>

-CONSTANZA, M.: “El arbitraje de consumo desde una perspectiva comparada: derechos español, portugués y argentino”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Dialnet, 2017, nº 15.

-CRUZ, R. ET AL.: *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*. México, Porrúa, 2004.

-DELGADO, J., PALOMO, D. y DELGADO, G.: *Autotutela, solución adecuada del conflicto y reposesión: revisión y propuesta* [en línea]. Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte, diciembre de 2017. Visitada por última vez el 16/10/2019.

Disponible en web: <http://www.redalyc.org/pdf/3710/371054486009.pdf>

-DE MARTÍN, A., HIERRO, S.Y GONZÁLEZ, J.: *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid, Marcial Pons, 2006.

-DERAINS, Y.: *El contrato de arbitraje. Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas*. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Legis, 2008.

-DIEZ PICAZO, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona, Ariel S.A., 2008.

-GARCÍA, J.: “El arbitraje bancario y financiero”, *Revista jurídica de Castilla y León*, Dialnet, 2013, nº 29.

-GÓMARA, J.: *Participaciones preferentes: arbitraje, acciones civiles y penales*. Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, S.A., 2013.

-GONZÁLEZ, F.: *Arbitraje*. México, Porrúa, 2004.

-GONZÁLEZ, J. ET AL.: *Estudios sobre el arbitraje: los temas claves*. Madrid, Wolters Kluwer, 2008.

-GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*. Madrid, Institutos de Estudios Políticos, 1968.

-GUILARTE, V. ET AL.: *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid, Lex Nova, 2004.

-HINOJOSA, R. ET AL.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid, Grupo Difusión, 2008.

-LEDESMA, M.: *Conflicto, autotutela y control jurisdiccional* [en línea]. Revista IUS ET VERITAS, julio de 2013. Visitada por última vez el 16/10/2019.

Disponible en web:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11968/12536>

-LORCA, A.M.: *Comentarios a la nueva Ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*. San Sebastián, IVADP, 2004.

-MARÍN, M.J.: *Análisis del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema Arbitral de Consumo* [en línea], Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha, 2008. Visitada por última vez el 14/11/2019.

Disponible en web: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/19/2008/19-2008-1.pdf>

-MARÍN, M.J.: *Objeto y límites del arbitraje de consumo* [en línea], Universidad de Castilla-La Mancha, 2005. Visitada por última vez el 08/11/2019.

Disponible en web: <https://previa.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/3/2005/3-2005-1.pdf>

-MARTÍNEZ-SAYANES, M.: *El arbitraje de consumo en el sector bancario y financiero* [en línea], Trabajo de Fin de Grado en Derecho. Repositorio institucional de la Universidad Pontificia Comillas, 2014. Visitada por última vez el 30/11/2019.

Disponible en web: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/533>

-MANOTAS, P.: *Algunas consideraciones sobre la cláusula arbitral desde la legislación colombiana y mexicana* [en línea], Universidad Iberoamericana, 2007. Visitada por última vez el 29/10/2019.

Disponible en web: <http://www.bib.uia.mx/tesis/pdf/014847/014847.pdf>

-MONROY, G.: *Tratado de Derecho Internacional*. Santafé de Bogotá, Temis, 1995.

-MONTES DE OCA, A.: Mecanismos alternativos de solución de conflictos [en línea], Lumen: Revista de la Facultad de Derecho. Universidad San Martín de Porres, 2013. Visitada por última vez el 17/10/2019.

Disponible en web: http://www.unife.edu.pe/publicaciones/revistas/derecho/lumen_9/11.pdf

-PÁSARO, I.: *El arbitraje en España. Un futuro alentador* [en línea], Pórtico Legal S.L. Visitada por última vez el 02/11/2019.

Disponible en web: https://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=228

-SACEDO, A.: *La autonomía de las partes en el arbitraje ad hoc frente al orden público procesal* [en línea], Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, 2012. Visitada por última vez el 29/10/2019.

Disponible en web:

https://www.utadeo.edu.co/sites/tadeo/files/node/publication/field_attached_file/pdf/la_autonomia_de_las_partes-pag.-web-10-15_0.pdf

-SANTOS ILLERA, M.: *Las formas alternativas de resolución de conflictos: un análisis desde el ámbito de las relaciones sociales y de los principios de la administración de Justicia en Colombia* [en línea], Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Castilla La-Mancha, 2018. Visitada por última vez el 17/10/2019.

Disponible en web:

<https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/17860/TESIS%20Illera%20Santos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

-VADO GRAJALES, L.: *Medios alternativos de resolución de conflictos: mecanismos para acercar la justicia a la sociedad* [en línea]. Centro de Estudios de Justicia de Las Américas, 31 de octubre de 2003. Visitada por última vez el 17/10/2019.

Disponible en web: <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf>